

UNIVERSITÉ DE CAEN. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE
DE LA
LOI DU 13 FÉVRIER 1889
SUR

La renonciation à l'hypothèque légale de la femme au profit de l'acquéreur
d'immeubles grevés de cette hypothèque

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le samedi 21 juillet 1900, à 4 heures du soir

PAR

H. OZANNE

Avocat

CAEN

Imprimerie Charles VALIN

7 et 9, rue au Canu, 7 et 9

1900

ÉTUDE

DE LA

LOI DU 13 FÉVRIER 1889

SUR

La renonciation à l'hypothèque légale de la femme au profit de l'acquéreur
d'immeubles grevés de cette hypothèque

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA GRANDE SALLE DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le samedi 21 juillet 1900, à 4 heures du soir

PAR

H. OZANNE

Avocat



CAEN

Imprimerie Charles VALIN,

7 et 9, rue au Canu, 7 et 9

1900

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1899-1900

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✻, I. ☉), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. TOUTAIN (✻, I. ☉), professeur de *Droit administratif*
DANJON (I. ☉), assesseur du Doyen, professeur de
Droit commercial et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✻, I. ☉), professeur d'*Économie politique*, chargé du cours de *Droit constitutionnel comparé*.

LAISNÉ DES HAYES (✻, A. ☉), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Droit civil*.

GUILLOUARD (✻, I. ☉, C. ✚, G. O. ✚, C. I. C. ✚, O. ✚
L. ✚), professeur de *Droit civil*.

LEBRET (I. ☉), professeur de *Droit civil* (député du Calvados).

CABOUAT (I. ☉), professeur de *Droit international public et privé*, et de *Législation industrielle*.

MM. BIVILLE (A. ☉), professeur de *Procédure civile*, et chargé du cours d'*Histoire générale du Droit français*.

AGRÉGÉS :

MM. DEBRAY, chargé d'un cours de *Droit romain* et du cours de *Pandectes*.

René WORMS (I. ☉, ☿, C. ☿), chargé des cours d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

LE FUR, chargé des cours d'*Histoire du Droit public français*, d'*Éléments du Droit constitutionnel* et de *Législation financière*.

ASTOUL, chargé d'un cours de *Droit Romain* et du cours sur la *Coutume de Normandie*.

DEGOIS, chargé du cours de *Droit criminel*.

CHARGÉS DE COURS :

MM. ARON, chargé du cours d'*Histoire du Droit français*.

PILON, chargé d'un cours de *Droit civil*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ☉), secrétaire de l'Université de Caen.



JURY D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA THÈSE.

DEBRAY, *agrégé*.

DEGOIS, *id.*

BIBLIOGRAPHIE

AMIAUD. — *Revue pratique.*

AUBRY ET RAU. — *Cours de droit civil français.*

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Des privilèges et hypothèques.*

BERTAULD. — *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme.*

BEUDANT. — *Subrogation aux droits d'hypothèque et sous-ordres.*

COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du Code civil.*

DALMBERT. — *Purge des privilèges et hypothèques.*

DUROCQ. — *Revue générale du droit.*

DURANTON. — *Droit civil.*

DE L'ÉPINE. — *Revue du notariat.*

ESCOBIAC. — *Lois nouvelles.*

FLANDIN. — *Traité de la transcription.*

GARSONNET. — *Traité de procédure.*

GRENIER. — *Subrogation à l'hypothèque légale.*

GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage.*

GUILLOUARD. — *Traité des privilèges et hypothèques.*

LABBÉ. — *Revue critique de législation et de jurisprudence.*

LAFERRIÈRE. — *Revue du droit français et étranger.*

DE LAGREVOL. — *Commentaire de la loi du 13 février 1889.*

LAURENT. — *Principes du droit français.*

LE BARON. — *Étude sur l'hypothèque légale de la femme.*

MERIGNIAC. — *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée.*

MOURLON. — *De la transcription.*

PONT. — *Des privilèges et hypothèques.*

POTHIER. — *De la vente.*

THEZARD. — *Du nantissement, des privilèges et hypothèques.*

TISSIER. — *Revue critique.*

TROPLONG. — *Des privilèges et hypothèques.*

TROPLONG. — *De la transcription.*

WAHL. — *Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur.*

DALLOZ. — *Jurisprudence générale.*

SIREY et DEVILLENEUVE.

Pandectes françaises.

Gazette du Palais.

Journal officiel.

Journal des notaires et des avocats.



INTRODUCTION

1. L'hypothèque légale constitue une garantie très forte pour les droits de la femme ; mais, par contre, elle fait peser sur les biens du mari une charge très lourde. Elle est particulièrement un obstacle sérieux pour la vente de ses immeubles ; l'acquéreur trouve ces biens grevés d'une hypothèque d'autant plus dangereuse qu'elle garantit une créance indéterminée : comment consentirait-il à en payer le prix, alors qu'il est exposé à un risque incessant d'éviction ?

2. Aussi, soucieux de sa sécurité, est-il obligé d'éteindre cette hypothèque avant tout paiement.

3. Or, deux moyens s'offrent à lui pour réaliser cette extinction.

Le premier, c'est de recourir à la purge : il remplit les formalités de l'art. 2194 du Code civil ; la femme laisse ensuite écouler le délai de deux mois sans prendre inscription et perd ainsi son hypothèque. (Art. 2194, 2195 C. civ., 717 et 772 C. pr. civ.)

Le second, c'est d'obtenir de la femme une renonciation à l'hypothèque légale. (Art. 2180-2° C. civ.)

4. Ces deux procédés supposent également le consentement de la femme¹ : il n'en peut être autrement, puisqu'il s'agit de lui faire perdre un de ses droits.

Mais, en raison des lenteurs et des frais qu'entraîne la purge, le second, le plus direct, est de beaucoup le plus avantageux² ; il est même le seul vraiment pratique ; aussi, en fait, accompagne-t-il presque toujours les aliénations d'immeubles appartenant à des hommes mariés.

5. Cette renonciation consentie à l'acquéreur n'est qu'une des formes d'une catégorie assez vaste de contrats, et même d'actes unilatéraux, que l'on comprend sous le nom générique de « renonciation à l'hypothèque légale de la femme ». C'est là un sujet assez complexe. La terminologie même usitée en cette matière est quelque peu confuse ; aussi, au début de cette étude, importe-t-il de commencer par la préciser.

1. Si la femme refusait ce consentement, et, en cas de purge, prenait inscription en refusant de donner mainlevée, la situation de l'acquéreur et du mari serait assez délicate.

Nous croyons que le mari pourrait encore exiger le paiement ; mais il devrait alors faire ouvrir une procédure d'ordre à la suite de laquelle l'hypothèque légale serait radiée et donner caution : il devrait, en effet, être traité comme un créancier hypothécaire postérieur à la femme. De son côté, l'acquéreur pourrait toujours se libérer en consignat. Comp. : GARSONNET, *Traité de procédure*, p. 619-620, n° 817-2° ; — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 421-424, n° 2156-2160, et aussi *infra*, n° 352.

C'est là, d'ailleurs, une question qui ne rentre nullement dans l'étude que nous nous proposons ici.

2. Comp. *infra*, n° 65.

6. En langage ordinaire, la renonciation à un droit, c'est la perte de ce droit par suite de son extinction. La cession, c'est encore pour le cédant la perte du droit, mais par suite de sa transmission à un tiers.

Ici, par renonciation à l'hypothèque légale, on entend à la fois la renonciation proprement dite et la cession. Il y a donc deux sortes de renonciations : la renonciation extinctive, dans laquelle l'hypothèque est éteinte, et la renonciation translatrice, dans laquelle elle est cédée par la femme à un tiers, et qui est en réalité une cession.

Quelquefois aussi on qualifie la renonciation à l'hypothèque de « subrogation ». C'est là une expression qui nous vient du verbe romain « *subrogare* », et qui, du droit romain, passa dans le droit canonique et dans notre ancien droit. Le mot lui-même a une double signification : *lato sensu*, il est synonyme de renonciation, et comprend à la fois la renonciation extinctive et la renonciation translatrice ; *stricto sensu*, — et cette signification est la plus usuelle, la seule conforme à la signification primitive — il ne s'applique qu'à la renonciation translatrice ; de telle sorte qu'à ce dernier point de vue, il faut considérer comme synonymes les expressions « cession, renonciation translatrice et subrogation ».

7. Cette renonciation à l'hypothèque légale peut intervenir au profit de différents intéressés : créanciers de la femme, créanciers du mari, acquéreurs soit des

immeubles grevés de cette hypothèque, soit de droits réels sur ces immeubles.

8. Lorsqu'elle est consentie à l'acquéreur d'immeubles, elle est toujours extinctive. Et ceci se comprend facilement, son but étant alors d'éteindre l'hypothèque grevant l'immeuble ; comment d'ailleurs l'acquéreur pourrait-il acquérir une hypothèque sur un bien dont il est déjà propriétaire ? Elle a alors pour unique effet d'éteindre le droit de suite attaché à l'hypothèque ; quant au droit de préférence, à moins de conventions contraires des parties, il subsiste, et la femme le conserve comme avant la renonciation ¹.

9. Mais, ce droit de préférence, la femme peut également, soit au moment même de la renonciation, soit postérieurement, y renoncer ou le céder. Dans le système adopté par le législateur de 1889, l'acquéreur ne peut même valablement payer son prix au mari qu'à la condition d'obtenir d'elle, avec une renonciation à l'hypothèque légale, une renonciation au droit de préférence, renonciation qui est ordinairement tacite et résulte du consentement même de la femme au paiement ; autrement, la femme pourrait le contraindre à payer deux fois. Dans un cas même, l'acquéreur a intérêt à obtenir une cession du droit de préférence : c'est lorsqu'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme.

1. Il en est d'ailleurs ainsi avec la purge. Nous verrons cependant qu'il existe certaines différences entre le droit de préférence qui survit à la renonciation et celui qui survit à la purge.

Ces créanciers conservent en effet le droit de l'évincer ; or, cette cession lui permettra, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, de produire, au lieu et place de la femme, pour réclamer, par préférence à eux, le remboursement du prix par lui payé.

10. A côté de la renonciation même à l'hypothèque légale, il existe donc une autre renonciation : c'est la renonciation au droit de préférence. Il importe de ne pas confondre ces deux sortes de renonciations, qui sont complètement distinctes : la renonciation à l'hypothèque légale consentie à l'acquéreur ne porte que sur le droit de suite ; elle est toujours extinctive ¹. Au contraire, la renonciation au droit de préférence à lui consentie est tantôt extinctive, tantôt translatrice ; elle a lieu ordinairement après la renonciation à l'hypothèque, au moment même du paiement.

11. Ces explications préliminaires étant données, nous pouvons maintenant reproduire le texte de la loi de 1889 ; c'est le suivant :

« Article unique. — Il sera ajouté à l'article 9 de la loi de 1855 une disposition ainsi conçue :

« La renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque en emporte l'extinction, et vaut purge, à partir, soit de la transcription de l'acte

1. On parle cependant assez souvent d'une renonciation translatrice à l'hypothèque légale consentie à l'acquéreur. Il faut s'entendre sur le sens de cette expression : la renonciation même à l'hypothèque est toujours extinctive ; la renonciation qui est translatrice, c'est seulement la renonciation au droit de préférence.

« d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit
« de la mention faite en marge de la transcription de
« l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie
« par acte distinct.

« Dans tous les cas, cette renonciation n'est
« valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle
« est contenue dans un acte authentique.

« En l'absence de stipulation expresse, la renon-
« ciation par la femme à son hypothèque légale ne
« pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation
« que si elle stipule, soit comme covenenderesse, soit
« comme garante ou caution du mari.

« Toutefois, la femme conserve son droit de pré-
« férence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre
« l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé
« de son consentement, et sans préjudice du droit des
« autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la
« femme, soit à un acte d'aliénation contenant quit-
« tance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ulté-
« rieur de quittance totale ou partielle, emporte même,
« à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale¹
« sur l'immeuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-
« vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang.
« Mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux
« tiers, qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque

1. Entendez subrogation dans le droit de préférence sur le prix de l'immeuble vendu.

« que légale de la femme sur d'autres immeubles du
« mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé
« aux dispositions du § 1^{er} du présent article.

« Les dispositions qui précèdent sont applicables
« à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion. »

12. Cette loi présente les deux caractères suivants:

13. D'un côté, elle est spéciale à la renonciation
consentie à l'acquéreur.

Cette spécialité, que nous aurons à critiquer ¹, ne peut s'expliquer que par l'histoire. Le seul texte concernant la renonciation à l'hypothèque légale est en effet cet article 9 de la loi de 1855, à la suite duquel la loi de 1889 a été ajoutée. Incomplet, obscur et relatif uniquement à des questions de forme, ce texte avait engendré de nombreuses difficultés, qui se manifestaient particulièrement en pratique pour la plus fréquente des renonciations, la renonciation consentie à l'acquéreur, à tel point que la purge était devenue le seul moyen véritablement sûr de dégrever l'immeuble. C'est là, et là seulement, ce qui explique que l'attention du législateur, éveillée par les praticiens, ait été particulièrement attirée sur cette dernière forme de renonciation ².

14. D'un autre côté, elle paraît envisager dans son ensemble ce sujet des renonciations consenties à l'acquéreur.

1. *Infra*, nos 71 et 542-543.

2. Il est facile de voir combien cette explication est insuffisante au point de vue logique.

Son économie générale est la suivante. Elle se divise en deux parties. Les trois premiers paragraphes réglementent les formes de la renonciation : nécessité d'un acte authentique, publicité effectuée au moyen de la transcription de l'acte d'aliénation, circonstances pouvant entraîner renonciation tacite. Les deux derniers, combinés dans une certaine mesure avec le premier, en déterminent les effets : extinction du droit de suite, survie du droit de préférence ; paiement du prix par l'acquéreur et, comme conséquences, renonciation extinctive ou translatrice au droit de préférence ; publicité de cette dernière forme de renonciation.

15. Il est cependant un point que le législateur de 1889 a laissé avec raison complètement de côté : c'est celui qui concerne la capacité exigée de la femme pour renoncer ; il n'y avait en effet aucune raison pour modifier sur ce point les principes du Code civil¹.

16. Pour aborder l'étude de cette loi, nous commencerons par rechercher ses précédents historiques en insistant sur ses travaux préparatoires devant le Parlement. Cette étude est malheureusement trop nécessaire pour permettre d'interpréter, et quelquefois de corriger son texte, souvent fort obscur, ou même

1. Il pourrait cependant être utile, dans une loi générale sur les renonciations à l'hypothèque légale, de trancher certaines controverses existant à ce sujet. Mais cette question n'avait pas à être traitée dans une loi spéciale à la renonciation consentie à l'acquéreur : il aurait même été illogique et dangereux d'exiger chez la femme une capacité spéciale pour cette renonciation.

complètement inexact. Elle aura en outre l'avantage de nous permettre de suivre de près la méthode de confection d'une de nos lois modernes, et de montrer combien cette méthode, que nous retrouvons pour toutes, est peu logique et pleine d'inconvénients.

Nous aurons ensuite à déterminer ses cas d'application : la loi ne concernant qu'une classe spéciale de renonciations, il importe, en effet, de délimiter nettement l'étendue de cette classe.

Enfin, suivant l'ordre adopté par le législateur, nous examinerons successivement les formes et les effets de la renonciation.

Quant à la capacité de la femme, cette question, restant en dehors de la loi de 1889, et n'étant aucunement spéciale à la renonciation consentie à l'acquéreur, ne rentre pas dans le sujet que nous nous proposons ici ; aussi, la laisserons-nous complètement de côté, nous bornant à renvoyer sur ce point aux principes du droit commun ¹.

17. Nous diviserons donc cette étude en quatre chapitres :

1° Histoire de la renonciation consentie à l'acquéreur.

2° Cas d'application de la loi nouvelle.

3° Formes de la renonciation.

4° Effets de la renonciation.

1. Sur ce sujet, v. notamment : Aubry et Rau, t. III, p. 462 et suiv., § 288 bis ; — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 25 et suiv., nos 1718 et suiv.

CHAPITRE I^{er}

HISTOIRE DE LA RENONCIATION CONSENTIE A L'ACQUÉREUR

18. La renonciation à l'hypothèque légale est, en quelque sorte, le complément à peu près indispensable de toutes les aliénations d'immeubles appartenant à des hommes mariés : elle est en effet, ainsi que nous venons de le voir, le seul moyen vraiment pratique d'éteindre cette hypothèque.

19. Aussi la voyons-nous apparaître, bien avant notre droit moderne, dès l'institution même de l'hypothèque de la femme.

Nous la retrouvons déjà dans le droit hellénique, où deux inscriptions, récemment découvertes dans l'île d'Amorgos, nous en citent des exemples ¹.

1. Voici le texte de la première inscription : « Au nom des dieux, sous l'archontat de Panocrate, au mois d'Anthestérion, Nikératos a vendu, lui et sa femme Hégérate, et le kyrios de celle-ci, Télénikos, à Ctésiphon, les terrains, la maison et toute la poterie que Nikératos possède par suite du partage fait par lui avec son frère Ancenes..... » La femme de Nikératos, Hégérate, assistée de son kyrios, Télénikos, autre que le mari, intervient donc à l'aliénation des immeubles de son mari : cette intervention ne peut avoir d'autre but que de renoncer à l'hypothèque qu'elle a sur ces immeubles à titre d'*ἀποικία*. (DARESTE, *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, 1884, p. 391.)

De même, dans une seconde inscription, nous lisons : « Enseigne de terrains..... d'une maison et de jardins appartenant à Xénècles, sis à Phylinchia, ensemble des objets mobiliers qui, les garnissent, à ce

21¹ De même, elle existait également dans l'ancien droit romain, où Paul la constatait dans l'hypothèse suivante : un mari constitue un bien en dot à sa fille, et la mère figure à cette constitution dotale ; on se demande quel va être le sort de l'hypothèque de celle-ci sur le bien donné en dot par le mari, et voici la réponse de Paul :

« *Paulus respondit pignoris quidem obligationem prædiorum Gaiam Sciam, quæ viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, cum communis filix nomine darentur, remisisse videri, obligationem autem personalem perseverasse : sed adversus eam, quæ patris hereditate se abstinuit, actionem non esse dandam*¹. »

Plus tard, elle fit à Rome l'objet de diverses réglementations qui ne présentent plus guère d'intérêt aujourd'hui, et sur lesquelles nous n'avons pas à insister.

22. Et cependant, notre Code civil semble ignorer complètement, non seulement la renonciation consentie à l'acquéreur, mais encore la renonciation même à l'hypothèque légale : à part l'art. 2180, qui décide d'une manière générale que les hypothèques s'éteignent par la renonciation, aucun texte ne la concerne. Elle n'en était pas moins, en pratique, d'un usage courant.

consentant Eratrocaté, épouse de Xénocles, et son kyrios Broukion, au profit de l'érane..... » Ici encore Erätrocaté intervient, non comme propriétaire des immeubles, mais pour renoncer à son hypothèque au profit de l'érane. (DARESTE, *Nouvelle revue historique*, 1885, p. 14.)

1. Loi 11. *De pignorigibus et hypothecis*, D. xx, 6.

23. Il faut attendre chez nous la loi du 23 mars 1855 pour voir la renonciation à l'hypothèque de la femme mentionnée dans un texte de loi. Et encore, cette loi, destinée à organiser la publicité des actes emportant mutation de droits réels ou renonciation à ces droits, ne s'en occupe-t-elle que d'une façon fort accessoire et à un point de vue que nous croyons uniquement relatif à la publicité.

Mais précisément cette publicité, consistant dans l'inscription et facilement réalisable pour la renonciation translatrice, ne se comprenait plus pour la renonciation simplement extinctive. De vives controverses en résultaient en doctrine et en jurisprudence, et l'acquéreur, ne sachant plus comment rendre la renonciation à lui consentie opposable aux tiers, n'avait qu'un moyen de dégrever l'immeuble, c'était de recourir à la purge.

24. Or, ces procédures de purge, qui encombraient toutes les aliénations d'immeubles appartenant à des hommes mariés, étaient pour la pratique une gêne constante. Aussi les praticiens, principalement les notaires, s'efforcèrent-ils de remédier à cet état de choses, et réclamèrent-ils du législateur, à maintes reprises, une organisation à la fois claire et pratique de la publicité des renonciations consenties à l'acquéreur. Ce fut l'origine de la loi de 1889 : concernant d'abord uniquement la publicité, le projet s'élargit considérablement dans les discussions au Parlement, et devint la loi du 13 février 1889

25. L'histoire de la renonciation à l'hypothèque légale, et spécialement de la renonciation consentie à l'acquéreur, comprend donc dans notre droit moderne trois périodes : celle du Code civil, celle de la loi de 1855 et celle de la loi de 1889. Et, dans chacune de ces périodes, nous voyons la législation se spécialiser davantage : sous le Code civil, à peu près muet sur la question, toutes les renonciations à l'hypothèque, aussi bien à l'hypothèque légale qu'à l'hypothèque conventionnelle et judiciaire, sont soumises au même régime de liberté absolue. La loi de 1855 est spéciale à la renonciation à l'hypothèque légale de la femme ; enfin, la loi de 1889 ne comprend qu'une classe de ces renonciations, la renonciation consentie à l'acquéreur.

26. Nous diviserons donc ce chapitre en trois sections :

- 1° Régime du Code civil ;
- 2° Régime de la loi de 1855 ;
- 3° Travaux préparatoires de la loi de 1889.

SECTION I^{re}

Régime du Code civil

27. Sous le Code civil, en l'absence de tout texte relatif à la question, l'histoire de la renonciation consentie à l'acquéreur se confond avec l'histoire

plus générale de la renonciation même à l'hypothèque légale.

28. Nées du besoin d'éteindre l'hypothèque grevant les immeubles du mari ou de communauté, ces renonciations, qui paraissent avoir été d'abord extinctives ¹, sont uniquement une institution de la pratique.

29. Il faut cependant reconnaître qu'elles concordent assez mal avec la nature même de l'hypothèque de la femme et avec les idées qui ont servi de base à l'institution de cette hypothèque.

L'hypothèque légale constitue, en effet, une garantie pour la femme et une charge pour le mari ; or, le résultat de la renonciation, c'est précisément de faire disparaître cette charge, et même, en cas de renonciation translatrice, de la transformer en un instrument de crédit pour le mari. C'est ce qui permet à M. de Lagrevol de faire observer, dans une remarque qui peut paraître un peu ironique en dépit de l'intention de son auteur, que ce n'est pas « l'une des gloires les moins grandes de la pratique « d'avoir fait de l'hypothèque légale de la femme « mariée un instrument de crédit pour la société conjugale, alors que, par sa nature même, cette hypothèque est destinée à remplir un rôle diamétralement « opposé ².

¹ Ce n'est que plus tard que l'on paraît avoir songé à utiliser l'hypothèque légale comme moyen de crédit pour le mari en la cédant.

² D. LAGREVOL, *Commentaire de la loi du 13 février 1889*, p. 9.

Et puis l'hypothèque légale n'est pas créée seulement dans l'intérêt de la femme, mais aussi dans celui de la famille ; elle est destinée à protéger les droits de la femme, parce que le législateur a pensé que son inexpérience des affaires et l'influence du mari sur elle ne lui permettraient pas de les sauvegarder efficacement pendant le mariage. Après avoir donné à la femme une protection aussi étendue, il était donc assez anormal de lui permettre, comme le faisait le Code civil, d'abandonner entièrement cette garantie avec la seule autorisation du mari, dont l'hypothèque ruinait précisément le crédit.

Et l'inconséquence d'un pareil système apparaissait plus nettement encore, si l'on rapprochait cette liberté laissée à la femme des précautions dont la loi a entouré une convention analogue, moins dangereuse cependant, la simple restriction de l'hypothèque légale. (Art. 2140, 2144 et 2145 C. civ.)¹ Ces précautions sont même particulièrement sévères lorsque la restriction a lieu au cours du mariage, puisque les articles 2144 et 2145 exigent alors, avec un avis des plus proches parents, une intervention de justice ; et cependant, précisément au cours du mariage, librement et sans avoir aucune formalité à remplir², avec la seule autorisation du mari, la

1. Comp., GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 18-19, n° 1711.

2. Il en était ainsi au moins sous le Code civil. Aujourd'hui, la renonciation ne peut avoir lieu que par un acte authentique, conformément aux lois de 1855 et 1889.

femme pouvait se priver complètement de son hypothèque, soit en l'éteignant par une renonciation, soit en la cédant.

30. Aussi, dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code civil, certains auteurs, frappés de ce manque de logique, avaient-ils essayé de soutenir, les uns que la renonciation à l'hypothèque légale de la femme était prohibée, sous notre droit, comme contraire à la raison d'être et à la nature de cette hypothèque¹, les autres qu'elle était soumise aux formalités des articles 2144 et 2145 du Code civil, avis de la famille et autorisation de justice².

31. Ces opinions ne tardèrent pas à être abandonnées³: il n'en pouvait guère être autrement.

D'un côté, en effet, l'hypothèque légale est un droit qui appartient à la femme; en vertu du principe même de la liberté des conventions celle-ci doit donc pouvoir en disposer comme de tout autre bien, et notamment y renoncer ou la céder. Un texte serait nécessaire pour écarter cette conséquence: or, ce texte n'existe pas; l'article 2180 du Code civil décide même que les hypothèques s'éteignent par la renonciation de créancier.

1. LAFERRIÈRE, *Revue de droit français et étranger*, v, 692. — BERTAULD, *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée*, Introduction, p. 2.

2. Cette opinion avait été suivie pendant un certain temps par la jurisprudence) Cass.: 9 janvier 1822 et 14 décembre 1834, arrêts rapportés Dall., Rép., *Privilèges et hypothèques*, n° 979, note 2, et 980, note 1.)

3. La question est d'ailleurs aujourd'hui législativement tranchée en ce sens par les lois de 1855 et 1889.

D'un autre côté, les articles 2140, 2144 et 2145 du Code civil sont relatifs uniquement à une restriction de l'hypothèque consentie au mari lui-même ; ils supposent que la femme est placée en présence du mari seul et qu'elle consent, dans l'intérêt de celui-ci, à diminuer la garantie que la loi lui accorde. Mais ils sont complètement étrangers à la renonciation, soit extinctive, soit translatrice, consentie à un tiers. On ne peut donc songer à transporter les formalités établies par eux pour une hypothèse bien déterminée à une autre hypothèse, analogue certes, mais non prévue par la loi.

Et puis, en cas de purge, la femme peut éteindre indirectement son hypothèque en ne prenant pas l'inscription dans le délai de l'art. 2195 du Code civil ; elle ne reçoit alors aucune protection. Pourquoi donc ne pas lui permettre de faire directement par une renonciation ce qu'elle pourrait ainsi faire indirectement par son inaction¹ ?

32. Aussi la validité des renonciations à l'hypothèque de la femme fut-elle bientôt établie d'une manière assez ferme pour échapper à toute contestation sérieuse, et l'accord devint-il également à peu près unanime pour n'assujettir ces renonciations à aucune formalité spéciale : dans le silence de la loi, on ne pouvait en effet créer de formalités sans texte.⁴

1. Cette anomalie existe aujourd'hui pour la femme dotale, qui ne peut pas renoncer à son hypothèque légale et qui cependant peut l'éteindre, dans une procédure de purge, en ne prenant pas inscription.

2. La cession de l'hypothèque légale, au moins à la condition de

33. Cette absence de réglementation et cette trop grande liberté engendraient de graves inconvénients.

34. Les uns étaient relatifs aux effets de la renonciation. Les renonciations à l'hypothèque légale sont toujours complexes, de natures et d'effets variés ; aussi le défaut de toute indication législative avait-il entraîné, en pratique, une confusion d'autant plus grande que les actes les constatant pouvaient valablement être passés en la forme sous seing. Bien souvent, il était à peu près impossible de savoir exactement ce que les parties avaient voulu faire, et de déterminer nettement l'étendue du droit que la femme avait entendu abandonner ou céder. « Les « notaires eux-mêmes, disait M. Mèrignhac ¹, n'au-
« raient pas toujours pu indiquer la pensée qui avait
« présidé à la rédaction de leurs actes » : qu'aurait-il pu dire des actes rédigés par les parties elles-mêmes ?

35. Les autres étaient relatifs à des questions de forme. Ils pouvaient se grouper autour de deux ordres d'idées.

36. Les premiers et les plus graves étaient communs à la renonciation et à tous les actes emportant transmission de droits réels immobiliers : c'était le défaut de publicité. La femme pouvait ainsi renoncer à son hypothèque et la céder ensuite ; le cessionnaire

porter sur cette hypothèque elle-même et non pas sur la créance en reprises, n'était même pas, selon l'opinion la plus accréditée, soumise aux formalités de publicité de l'art. 1690 C. civ.

1. MÉRIGNHAC, *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, p. 34.

recevait un droit n'existant plus, et cependant il n'avait eu aucun moyen de se renseigner.

37. Les seconds — qui existaient dans une certaine mesure, quoiqu'ils aient été fort exagérés, et auxquels nous croyons que le législateur a apporté un remède plus funeste qu'eux-mêmes¹ — concernaient le défaut de protection de la femme. Nous avons vu² qu'il pouvait paraître peu logique et dangereux pour la femme de se contenter de l'autorisation du mari, principal intéressé à la renonciation : c'est pour cela que le législateur du Code civil a entouré de garanties sévères la restriction de l'hypothèque légale. Ne convenait-il pas d'exiger pour la renonciation les mêmes formalités, ou au moins des formalités analogues et tendant au même but ?

Ces inconvénients furent mis en lumière en 1841, lors de la grande enquête entreprise sur l'organisation de la propriété immobilière en France, et différents moyens furent proposés pour les écarter.

39. Les critiques les plus vives et les plus nombreuses portèrent alors sur le caractère occulte des renonciations. Ceci se comprend facilement : c'était là de beaucoup l'inconvénient le plus grave, et puis l'enquête de 1841 tendait précisément à établir chez nous la publicité des actes emportant mutation ou extinction des droits réels immobiliers.

1. Ce remède, c'est l'acte authentique exigé par la loi de 1889.

2. *Supra*, nos 28-29.

« Aucun texte du Code civil, disait à ce sujet la
« Cour d'Aix ¹, n'impose aux cessionnaires de l'hypo-
« thèque légale l'obligation d'inscrire ; et, par suite, la
« jurisprudence a admis que les créanciers subrogés
« par la cession aux droits de la femme ont le même
« bénéfice qu'elle, et ont, comme elle, la dispense
« d'inscription ; mais cet état de choses est un abus
« auquel il convient de remédier. On voit trop souvent
« des femmes céder leur hypothèque légale, puis la
« céder de nouveau, et tromper ainsi les prêteurs par
« l'appât d'un gain qu'ils croyaient encore entier,
« faute d'avoir pu connaître les cessions précédentes.
« L'obligation d'inscrire les cessions préviendrait ce
« genre de fraude. C'est pourquoi la Cour est d'avis
« que la loi impose cette obligation sous peine de
« nullité de la cession. »

La Cour de Grenoble ² s'exprimait en des termes à peu près identiques : « Comme aucune condition
« de publicité n'est attachée à ces actes (renonciations
« à l'hypothèque légale), la femme, après avoir sous-
« crit des obligations qui épuisent le montant de son
« hypothèque, peut, de concert avec son mari, tromper
« les tiers en leur offrant comme garantie cette hypo-
« thèque déjà aliénée. Pour prévenir ces fraudes ou
« ces mécomptes, dont les exemples sont fréquents,
« on propose de déclarer que les aliénations dont

1. Documents relatifs au régime hypothécaire, t. II, p. 161 et suiv.

2. Documents relatifs au régime hypothécaire, t. II, p. 252.

« il s'agit n'auront leur effet, entre les cessionnaires
« ou ayants droit de la femme, que du jour de l'ins-
« cription qui en aura été faite par chacun d'eux, et
« dans l'ordre de ces inscriptions ¹ ».

40. D'un autre côté, la Faculté de droit de Paris ² signalait le besoin de protéger la femme, l'autorisation maritale n'étant pas suffisante, et étant même plutôt à redouter, pour la renonciation comme pour toutes les autres conventions dans lesquelles le mari se trouve être le véritable intéressé. « La femme
« mariée, proposait-elle à cet effet, ne pourra plus
« s'obliger comme caution de son mari, ou comme
« débitrice conjointe et solidaire avec lui, ni renoncer,
« pendant le mariage, aux diverses sûretés réglées
« comme il a été dit plus haut, ni les céder ou y subro-
« ger, ni enfin céder les créances mêmes qu'elle a
« contre son mari, à moins que, dans ces divers cas,
« elle n'obtienne l'autorisation de justice. »

41. Et la faculté de droit de Rennes ³ se plaignait de la confusion qui régnait en pratique sur la portée des renonciations, et de la difficulté de déterminer les effets que les parties avaient entendu lui attribuer.

1. La solution proposée par la Cour de Grenoble est bien préférable à celle de la Cour d'Aix. Il n'y a, en effet, aucune raison pour frapper de nullité absolue la renonciation non inscrite : l'inscription n'est exigée que dans l'intérêt des tiers ; il suffit de rendre la renonciation non inscrite opposable aux tiers.

2. Documents relatifs au régime hypothécaire, t. II, p. 450. Les Cours de Metz et de Pau émettaient des vœux dans le même sens. (*Loc. cit.*, p. 140 et 144.)

3. Documents relatifs au régime hypothécaire, t. II, p. 157.

« Peut-être conviendrait-il de décider, en concluant-
« elle, que la différence dans les termes, souvent due
« aux rédacteurs de l'acte, ne changera rien au résul-
« tat, et laissera toujours à la convention le caractère
« d'une subrogation expresse ou tacite dans l'hypo-
« thèque¹. »

SECTION II

Régime de la loi de 1855

42. Ces critiques devaient exercer une grande influence sur le législateur de 1889, qui, pour la renonciation consentie à l'acquéreur, envisagea toutes ces questions, et leur apporta à toutes des solutions plus ou moins satisfaisantes.

1. Nous nous bornons ici à constater ces diverses propositions, mais il ne rentre pas dans le cadre de notre étude d'en apprécier le mérite.

Disons seulement que deux choses nous paraissaient utiles :

La première, c'était d'organiser la publicité des renonciations ; c'est ce qu'ont fait les lois de 1855 et 1889 ;

La seconde, c'était d'en déterminer législativement les effets, non pas en les imposant aux intéressés, mais en établissant des présomptions applicables en cas de silence de leur part : on aurait ainsi, au moins en partie, dissipé la confusion existant sur ce point. Ces présomptions ont été édictées par la loi de 1889 pour la renonciation consentie à l'acquéreur ; mais elles ont été laissées complètement de côté par la loi de 1855, et n'existent pas encore pour les autres renonciations.

Quant à la protection de la femme, elle nous paraît peu utile. Nous croyons déjà que la formalité de l'acte authentique est regrettable ; à plus forte raison, en serait-il de même d'une autorisation de justice ou d'un avis de la famille, formalités encore plus longues et dispendieuses. Comp., GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. iv, p. 21 et s. nos 1713 et s., et aussi *infra*, nos 185-198.

Mais, lorsque l'enquête de 1841 aboutit à la loi célèbre du 23 mars 1855 sur « la transcription en matière hypothécaire », une seule fut prise en considération par le législateur ; c'était celle qui concernait la publicité : la raison en est précisément que la loi de 1855 elle-même est uniquement une loi de publicité. Elle inspira l'article 9 de cette loi, ainsi conçu :

« Dans tous les cas où les femmes peuvent céder
« leur hypothèque ou y renoncer, cette cession ou
« cette renonciation doit être faite par acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis, à l'égard
« des tiers, que par l'inscription de cette hypothèque
« prise à leur profit ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

« Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des
« cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

43. Cet article, bien qu'au premier abord il semble plus général, et que la question soit très délicate et très controversée, nous paraît concerner uniquement la publicité des renonciations translatives.

44. Son économie générale peut se résumer dans les deux propositions suivantes :

45-1^{re}. La renonciation doit être rendue publique par l'inscription ou par une mention en marge de l'inscription préexistante ; dès lors, entre deux subrogés successifs, la préférence se réglera, non plus par la

date des renonciations, mais par la date des inscriptions ou des mentions.

Et, conformément au droit commun, cette inscription est soumise à la nécessité du renouvellement décennal ; autrement, au bout de dix ans, les tiers ne pourraient plus en voir aucune trace.

Pris dans son principe, ce mode de publicité est fort logique : en admettant même — ce qui pour nous est un tort — que l'on conserve pendant le mariage la dispense d'inscription de l'hypothèque de la femme, il n'y a plus aucune raison pour maintenir cette dispense lorsque l'hypothèque passe aux mains de tiers, qui, eux, ont toute liberté pour prendre inscription.

46. 2° Par suite, la renonciation doit être passée par acte authentique, l'inscription ne pouvant être prise qu'en vertu d'un acte authentique.

Nous croyons que le seul rôle de l'acte authentique, exigé par la loi de 1855, est de servir de base à l'inscription. Nous verrons cependant que la jurisprudence, approuvée par un grand nombre d'auteurs, tend à lui attribuer un rôle beaucoup plus étendu.

47. Le texte de l'article 9 paraît ne faire aucune distinction entre les différentes formes de renonciations ; il est cependant le point de départ de la scission qui s'opéra entre elles : c'est à partir de cette époque que la renonciation consentie à l'acquéreur, ou plus exactement et d'une manière plus générale, que la

renonciation extinctive commence à avoir une histoire spéciale.

48. Il était en effet certain que la loi de 1855 s'appliquait à la renonciation translatrice. Mais s'appliquait-elle aussi à la renonciation extinctive, et spécialement à la renonciation consentie à l'acquéreur¹?

C'était là une question vivement controversée, en doctrine comme en jurisprudence : nous devons insister sur cette discussion, parce que ce sont les difficultés entraînées par elle qui ont provoqué la loi de 1889.

49. Trois systèmes étaient en présence :

50. Une première opinion, soutenue par M. Bertauld, et à laquelle MM. Aubry et Rau étaient venus apporter l'appui de leur autorité², prétendait qu'il n'y avait aucune raison pour distinguer entre la renonciation translatrice et la renonciation extinctive.

Le texte est, en effet, général et s'applique à l'une comme à l'autre : « Dans les cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer. » Comment ces termes pourraient-ils prêter à une distinction?

1. Cette question est souvent posée d'une manière inexacte, et l'on se demande si l'article 9 de la loi de 1855 est applicable à la renonciation consentie à l'acquéreur. Ainsi limité, le débat est trop restreint; il doit concerner en effet toutes les renonciations extinctives, et, si la renonciation consentie à l'acquéreur est la plus fréquente de ces renonciations, elle n'est pas la seule : c'est ainsi qu'un créancier hypothécaire peut fort bien bénéficier d'une renonciation extinctive.

2. BERTAULD, *Traité de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée*, n° 93. — AUBRY ET RAU, T. III. p. 467, § 288 bis, texte et note 18.

Et ceci se comprend facilement.

L'acte authentique est exigé d'abord *ad solennitatem*, comme se rattachant à l'organisation de notre système hypothécaire et à la solennité de la constitution d'hypothèque, ensuite dans l'intérêt de la femme, comme garantie du caractère libre et éclairé du consentement qu'elle donne, enfin, comme moyen d'assurer la bonne rédaction de l'acte et d'éviter ces obscurités si fréquentes dans les actes sous seings rédigés par des parties illettrées¹. Or, ces raisons s'appliquent aussi bien à la renonciation extinctive qu'à la renonciation translatrice.

Et, pour l'inscription, ce que les tiers ont intérêt à savoir, c'est que la femme ne peut plus disposer de son hypothèque : à ce point de vue encore, il importe peu qu'il y ait eu extinction ou cession. « L'extinction définitive, absolue, s'inscrit, dit M. Bertauld, afin que le néant ne garde pas la valeur de la réalité, afin que la mort ne se déguise pas sous l'apparence de la vie, afin que la femme, en un mot, ne trafique pas de ce qu'elle n'a plus. »

51. Une seconde opinion considérait ces raisons comme décisives, mais pour l'acte authentique seulement et non pour l'inscription ; elle proposait donc de faire une distinction : la renonciation extinctive

1. Rappelons que l'enquête de 1841 avait précisément mis en lumière cette nécessité de protéger la femme et d'éviter les difficultés d'interprétation résultant trop souvent de la mauvaise rédaction des actes. (*Infra*, nos 40-41.) Or, l'article 9 de la loi de 1855 a été précisément inspiré par cette enquête.

devrait être passée par acte authentique, mais elle n'aurait pas à être inscrite ¹.

Lorsque le législateur de 1889 a employé ces expressions générales « *dans tous les cas... cette cession ou cette renonciation...* », il n'avait en vue, en effet, que l'acte authentique; mais, pour l'inscription, les termes dont il s'est servi révèlent clairement qu'il n'a songé qu'à la renonciation translatrice : « *Les cessionnaires n'en seront saisis à l'égard des tiers...* » « *l'inscription prise à leur profit* » « *l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent des droits hypothécaires.* » Comment pourrait-on considérer comme un cessionnaire celui auquel on n'a rien cédé? Comment celui qui n'a aucune hypothèque pourrait-il prendre une inscription à son profit? Comment pourrait-il intervenir dans un ordre et y exercer des droits hypothécaires?

Et ceci se comprend fort bien.

On conçoit en effet facilement l'inscription d'une hypothèque existante; mais comment concevoir l'inscription d'une hypothèque éteinte? On n'inscrit pas le néant. Il faudrait commencer par inscrire l'hypothèque pour la faire ensuite radier immédiatement; mais où voit-on la loi établir cette formalité étrange? « La loi, dit M. Labbé, ² ne prévoit que deux

1, MOURLON, *De la transcription*, II, n° 1005. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *Des privilèges et hypothèques*, T. II, n° 1082. C'est à ce système que la jurisprudence paraissait s'être ralliée.

2. LABBÉ, *Revue critique de législation et de Jurisprudence*, 1881, p. 340.

« modes de publicité qu'elle organise : si l'inscription de l'hypothèque légale est déjà prise, une mention au profit du cessionnaire ; si l'hypothèque n'a pas encore été inscrite, une inscription au profit du cessionnaire. Donc, la loi ne s'est pas préoccupée de la situation d'un acquéreur qui obtient une renonciation pour être dispensé de la purge légale ¹. Cet acquéreur devrait requérir : 1° une inscription de l'hypothèque, 2° une mention de radiation. Ce mode de procéder est en dehors des prévisions textuelles du législateur. » Et puis, cette inscription et cette radiation, pour constituer une publicité réellement efficace, devraient être renouvelées tous les dix ans ² : peut-on songer à exiger ainsi un renouvellement décennal des radiations ?

52. L'inscription se comprendrait même d'autant moins, ajoute-t-on quelquefois, que la publicité de la renonciation extinctive existe sans elle. C'est presque toujours au profit de l'acquéreur d'immeubles que cette renonciation intervient ; or, la loi de 1855 exige déjà la transcription de l'acte d'aliénation : cette transcription permet aux tiers de connaître la renonciation, et ce serait faire un double emploi, inutile et dispendieux, que d'exiger à la fois la transcription de l'acte d'aliénation et l'inscription de la renonciation.

1. Au lieu d'acquéreur, il serait plus exact de dire « bénéficiaire d'une renonciation extinctive ».

2. Nous aurons à revenir plus amplement sur ce point. (*Infra*, n° 245.)

Il est certain que la transcription de l'acte d'aliénation permet aux tiers de connaître la renonciation contenue dans cet acte; mais c'est lui assigner un rôle auquel le législateur de 1855 paraît n'avoir jamais songé que de la considérer comme remplaçant ainsi l'inscription ou la mention de la renonciation. Et puis, la renonciation consentie à l'acquéreur peut être contenue dans un acte distinct de l'acte d'aliénation; la renonciation extinctive peut aussi intervenir au profit d'un tiers autre que l'acquéreur ¹; dans ces cas, aucune publicité n'existe ².

§3. Aussi ce dernier argument nous paraît-il peu exact. Mais, dans l'espèce, il est surabondant; car les raisons que nous venons d'exposer nous paraissent amplement suffisantes pour écarter l'inscription de la renonciation extinctive. Il en serait ainsi alors même qu'il en résulterait un défaut de publicité complet : il n'appartiendrait pas, en effet, à l'interprète d'organiser une publicité non instituée par la loi, et les critiques que l'on voudrait élever contre un pareil système ne pourraient que s'adresser au législateur lui-même.

1. Par exemple au profit d'un créancier hypothécaire postérieur à la femme.

2. Frappé de cet inconvénient, M. Pont, sans cependant se prononcer d'une manière bien formelle, semble admettre que la renonciation extinctive échappe à l'inscription seulement lorsqu'elle est consentie à l'acquéreur, contenue dans l'acte d'aliénation et transcrite avec cet acte. Mais comment le texte de l'article 9 pourrait-il prêter à une pareille distinction ? Il faut ou écarter l'inscription pour toutes les renonciations extinctives, ou l'exiger pour toutes; mais il ne peut y avoir place pour un système intermédiaire.

54. Nous croyons même qu'il fallait aller plus loin. Si l'on reconnaissait que la renonciation extinctive échappait à la loi de 1855 pour l'inscription, il fallait décider qu'il en était de même pour l'acte authentique, et que, dès lors, la renonciation extinctive était complètement affranchie des formalités de l'article 9¹.

Tout d'abord, nous comprenons peu l'argument que l'on répète si souvent, et d'après lequel l'acte authentique serait exigé pour toutes les renonciations, parce qu'il se rattache à l'organisation de notre système hypothécaire et à la solennité de la constitution d'hypothèque. Il s'agit en effet, ici, non pas de la constitution d'hypothèque, mais bien d'une renonciation ; or, si la constitution doit être faite par acte authentique, la renonciation peut parfaitement être passée par acte sous seing².

Ce qui est vrai, c'est uniquement que l'on ne peut

1. PONT, *Des privilèges et hypothèques*, t. I^{er}, n^o 484. — MERIGNHAC, *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, n^{os} 148 et s. — AMIAUD, *Revue pratique*, année 1867, t. XXIV, p. 431. — TROPLONG, *De la transcription*, n^o 334. — DE LAGREVOL, *Commentaire de la loi du 13 février 1889*, p. 25 et s. — WAHL, *Traité théorique et pratique des renonciations par la femme à son hypothèque légale, au profit du tiers acquéreur*, p. 46 et suiv., n^o 18, et p. 67, n^o 68. — BENOIR, note sous cass. (S. 81, I, 473).

2. TROPLONG, *De la transcription*, n^o 344. — FLANDIN, *De la transcription*, II, 1156-1157 et 1174. — AUBRY et RAU, III, § 288, texte et note 14, p. 460. — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 10-11, n^o 1701. — Toulouse, 21 juin 1887 (Dall. 88, II, 77). Comp. aussi *infra*, n^{os} 188 et 196.

Cependant, plusieurs de ces auteurs justifient l'acte authentique exigé par la loi de 1855, par cette raison que cet acte se rattache à l'organisation de notre système hypothécaire.

toucher à l'inscription hypothécaire que par acte authentique, aussi bien pour la radier que pour l'inscrire ; c'est pour cela qu'en principe la renonciation, valable en elle-même, indépendamment de tout acte authentique, nécessite cependant un acte authentique pour la radiation de l'inscription. (Art. 2158 C. civ.) L'application de ces principes, qui sont ceux du droit commun, à la renonciation à l'hypothèque légale, conduit à décider que l'acte authentique doit être exigé uniquement en raison de l'inscription et, par suite, uniquement pour les renonciations sujettes à inscriptions, ou, en d'autres termes, ainsi que nous venons de le voir, pour les renonciations translatives.

54 bis. Or, la loi de 1855 a entendu simplement consacrer ces principes de droit commun.

C'est ce qui résulte d'abord de son texte. L'acte que la loi de 1855 entend par le mot « renonciation » — ou encore par le mot cession, puisque nous admettons ici qu'elle considère ces deux termes comme synonymes, — c'est celui que l'on désignait alors fréquemment sous le nom de subrogation à l'hypothèque légale, c'est-à-dire celui et uniquement celui par lequel la femme, usant comme moyen de crédit, soit à son profit, soit le plus souvent au profit du mari, de son hypothèque, transfère à un tiers le droit de s'en approprier le bénéfice et les effets. C'est bien là le sens du mot « renonciation » dans le second alinéa de l'article 9, relatif à l'inscription et ainsi

conçu : « *Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme* ». Dès lors, ce mot doit nécessairement avoir le même sens au début de cet article, d'autant plus que nous retrouvons, non seulement le même mot « renonciation », mais encore la même expression « renonciation ou cession ¹ ».

Et les travaux préparatoires confirment pleinement cette interprétation, en montrant que le législateur de 1855 a toujours envisagé la renonciation translatrice, et elle seule, aussi bien pour l'acte authentique que pour l'inscription. Le seul passage qui fasse allusion à l'article 9 est le suivant, que nous reproduisons intégralement : « Le cessionnaire
« du droit de la femme, disait l'exposé des motifs à la
« suite duquel l'article fut voté sans discussion, n'est
« protégé, quant à lui, par aucune des considérations
« qui peuvent empêcher la femme de prendre inscription contre son mari ; il ne doit pas jouir de la même
« exception, et l'intérêt des tiers se présente alors
« entier pour réclamer une publicité de l'hypothèque,
« si nécessaire à la sécurité des transactions. *L'acte de
« subrogation doit être authentique, parce qu'il doit
« servir de base première à une inscription, qui ne peut
« se fonder que sur un acte solennel.* On sait à quelles

1. La difficulté pour fixer le sens précis du mot « renonciation » vient de la confusion qui règne dans la terminologie en matière de renonciations à l'hypothèque légale. (*Supra*, nos 5-6.)

« contestations a donné lieu l'exercice des droits
« hypothécaires de la femme par les créanciers su-
« brogés et quelles difficultés il a soulevées. Il y est
« mis fin en donnant à la date des inscription ou
« mention l'effet de régler l'ordre dans lequel seront
« admis les cessionnaires. »

Ce passage est clair. Dès lors, lorsqu'on suppose que l'acte authentique a pour objet de protéger la femme, et d'assurer la bonne rédaction du contrat, on prête au législateur des idées qui auraient pu être les siennes, comme elles ont été celles du législateur de 1889, mais qui ne l'ont pas été. Le législateur de 1855 — et c'est lui-même qui l'indique — a simplement entendu se conformer au droit commun en faisant de l'acte authentique « la base » de l'inscription ¹, et par suite, en n'exigeant cet acte, ainsi que nous venons de le voir et ainsi qu'il le dit lui-même, que pour les « subrogations » ou renonciations translatives.

55. Cette interprétation, rattachant ainsi l'acte authentique à la publicité de la renonciation, a en outre l'avantage de faire concorder l'article 9 avec

1. Il est vrai que l'enquête de 1841 avait mis en lumière l'utilité de protéger la femme et de rendre plus claire la rédaction des actes. Mais le législateur de 1855 a été loin d'envisager toutes les questions soulevées par cette enquête ; c'est ainsi que la Faculté de Rennes avait signalé le besoin de déterminer les effets des renonciations ; or, il est certain que le législateur de 1855 ne s'est jamais occupé de cette question ; nous croyons qu'il en a été de même de la protection de la femme et de la rédaction des actes.

les autres dispositions de la loi, qui sont toutes relatives à des questions de publicité ¹.

Et puis, en droit commun, la femme peut, dans un acte sous seing, en se portant garante de l'aliénation consentie par le mari ou en contractant toute autre obligation personnelle, s'interdire le droit d'invoquer son hypothèque à l'encontre de l'acquéreur ou de tout autre intéressé. Comprendrait-on qu'elle ne pût faire directement, par une renonciation, ce qu'elle peut ainsi faire indirectement ² ?

56. Aussi croyons-nous, comme nous l'avons déjà fait observer, que la loi de 1855 avait eu pour effet de diviser en deux classes, au point de vue de la réglementation qui leur devenait applicable, les renonciations à l'hypothèque légale : d'une part, les renonciations translatives, soumises à la double formalité de l'acte authentique et de l'inscription ; d'autre part, les renonciations extinctives, demeurées complètement libres, comme sous le Code civil.

57. Mais c'était là une question des plus controversées, et, au point de vue historique auquel nous nous plaçons ici, ce qui nous importe, c'est moins la solution qu'il convenait de lui donner que la

1. Ce serait placer l'article 9 complètement en dehors du cadre du reste de la loi que de lui attribuer une portée plus étendue.

2. La loi de 1889 a précisément exigé l'acte authentique pour la renonciation consentie à l'acquéreur. Nous verrons combien cette règle est peu logique et peu conciliable avec les principes du droit commun. (*Supra*, nos 177-184 et 191-193.) Il y a là un défaut d'harmonie que, selon nous, le législateur de 1855 avait su éviter.

constatation même de l'existence de ces controverses ¹.

58. Et ces discussions n'existaient pas seulement parmi les auteurs : ce qui en pratique était plus

1. Nous nous sommes occupé longuement de cette controverse en raison de l'influence qu'elle a exercée sur la confection de la loi de 1889.

Mais la loi de 1855, dans son article 9, avait engendré plusieurs autres difficultés qui, pour moins nous intéresser ici, n'étaient pas moins sérieuses. Il en est une que nous devons mentionner, parce qu'elle était alors assez vive, et qu'elle a été tranchée par la loi de 1889 : elle portait sur le point de savoir qui pouvait se prévaloir de l'inaccomplissement des formalités de l'art. 9 dans le cas où ces formalités étaient exigées ; elle se liait dans une certaine mesure à la question que nous venons d'examiner.

Il est certain que seuls les tiers pouvaient invoquer le défaut d'inscription. Et, par tiers, on entendait généralement (mais cette interprétation faisait aussi l'objet de quelques contestations que la loi de 1889 n'a d'ailleurs nullement résolues), conformément à l'art. 2134 C. civ., tous les intéressés autres que la femme ou ses héritiers, même les créanciers chirographaires.

Au contraire, de sérieuses difficultés existaient pour l'acte authentique.

Si on admettait que l'authenticité était exigée par mesure de protection pour la femme, même pour la renonciation simplement extinctive, il fallait nécessairement décider que tous les intéressés, la femme comme les tiers, pouvaient invoquer le défaut d'authenticité.

Mais, parmi ceux qui admettaient que l'acte authentique était exigé seulement pour la renonciation translatrice et pour servir de base à l'inscription, les avis étaient encore partagés.

Les uns, adoptant la solution qui paraissait la plus logique, et même la seule logique avec ce point de départ, ne reconnaissaient qu'aux tiers le droit d'invoquer le défaut d'authenticité.

Les autres, s'attachant au texte même de la loi et à l'expression « acte solennel », employée dans l'exposé des motifs, accordaient ce droit à la femme comme aux tiers. (Voir notamment BERNIER, note sous cass., S. 81, 1, 473.)

Nous verrons qu'en exigeant l'acte authentique pour la renonciation consentie à l'acquéreur, le législateur de 1889 s'est proposé surtout de protéger la femme ; aussi a-t-il tranché la question en permettant à la femme de se prévaloir du défaut d'authenticité.

grave, la jurisprudence était aussi divisée que la doctrine.

59. C'est en 1863 que la question, ou plutôt qu'une question voisine, fut portée pour la première fois devant les Tribunaux. Dans un arrêt du 22 décembre 1863, la Cour de Lyon décida que: « l'acqué-
« reur d'un immeuble du mari, qui, dans le contrat
« de vente avait obtenu la renonciation de la femme
« à son hypothèque légale, était tenu de faire inscrire
« sa renonciation; qu'à défaut d'inscription, il n'avait
« pas qualité, dans un ordre ouvert sur le prix de l'im-
« meuble, pour primer les créanciers postérieurs que
« la femme aurait subrogés dans son hypothèque, les
« formalités prévues par l'article 9 ne pouvant être
« remplacées par la transcription du contrat de vente
« renfermant la clause de renonciation¹. » Sur pour-
voi, cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation,
par ce motif que les dispositions de l'article 9 doi-
vent s'appliquer à l'acquéreur qui, dans l'ordre
ouvert sur le prix de l'immeuble, « prétend primer
« tout à la fois les créanciers inscrits avant la vente
« et divers autres créanciers ultérieurement subrogés,
« par des cessions régulièrement inscrites, à l'hypo-
« thèque légale de la femme du vendeur, en se pré-
« sentant lui-même comme subrogé à la même hypo-
« thèque légale, en vertu d'une renonciation consentie
« en sa faveur dans l'acte même de vente, et en

1. Lyon, 22 déc. 1863. (Dall. 64, 2, 493.)

« demandant à exercer, au moyen d'une collocation
« en sous-ordre, les droits hypothécaires de la femme
« colloquée en premier ordre ¹ ».

Ces deux arrêts étaient rendus au sujet d'une renonciation consentie à l'acquéreur, de beaucoup la plus fréquente des renonciations extinctives.

Ils avaient le rare privilège d'être revendiqués par tous les partis en cause. La vérité est qu'ils n'étaient nullement décisifs : ils étaient, en effet, relatifs, non pas à la renonciation même à l'hypothèque, mais à la subrogation dans le droit de préférence ; et ils se bornaient à décider que cette subrogation translatrice est assujettie à la formalité de l'inscription, mais laissaient complètement de côté la renonciation extinctive à l'hypothèque ².

60. En réalité, avant la loi de 1889, la Cour de cassation n'avait eu à se prononcer qu'une fois sur la question : il s'agissait alors, non plus de l'inscription, mais uniquement de l'acte authentique. C'était encore un arrêt de la Cour de Lyon qui était soumis à la censure de la Cour suprême. Cet arrêt, dont les termes étaient fort nets, décidait que l'article 9 « est
« aussi formel que possible ; qu'il annule toute cession
« de l'hypothèque légale, toute renonciation à cette
« hypothèque qui ne serait pas contenue dans un acte

1. Cass., 22 août 1866 (Dall., 67, 1, 49.) Voir aussi, sous les arrêts de la Cour de Lyon et de la Cour de cassation, deux notes exposant chacune des opinions diamétralement opposées.

2. Sur la distinction entre la renonciation à l'hypothèque et la renonciation au droit de préférence, comp. *supra*, n° 10.

« authentique; que la loi ne distingue pas entre les
« renonciations extinctives. . . . et les renoncia-
« tions translatives ». Cette fois encore, la Cour de
cassation confirma : « Attendu, disait-elle, que les
« termes de l'article 9 sont impératifs, et ont pour
« effet de donner à l'acte par lequel la femme cède
« son hypothèque ou y renonce le caractère d'un
« acte solennel, conséquemment nul quand il se pro-
« duit en dehors des formes prescrites. . . . ;
« que l'authenticité exigée par la loi est aussi des-
« tinée à protéger la femme contre les abus de l'au-
« torité maritale ; que la vente dans
« laquelle la dame Loizel est déclarée avoir figuré
« pour renoncer à son hypothèque légale, n'étant
« constatée que par un acte sous signatures privées,
« l'arrêt attaqué, en déclarant que de cet acte ne
« pouvait résulter une renonciation valable. . . .
« n'a fait que se conformer au texte comme à l'esprit
« de la loi 4. »

Ces deux arrêts paraissent décisifs². Contraire-

1. Lyon, 6 mars 1880, et Cass., 22 novembre 1880 (Dall., 81, 1, 158, et S., 81, 1, 473).

Ces deux arrêts, déduisant les conséquences logiques des principes qu'ils venaient de poser, permettaient à la femme comme aux tiers d'invoquer la nullité résultant du défaut d'authenticité.

2. On avait cependant quelquefois contesté la portée de l'arrêt de la Cour de cassation; dans l'espèce soumise à la Cour il existait en effet sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme; on en avait conclu que la renonciation était alors translatrice. Cette contestation nous paraît peu sérieuse. Le débat portait en effet, non pas sur l'exercice du droit de préférence, mais sur l'extinction de l'hypo-

ment à l'opinion que nous avons adoptée, ils exigeaient l'acte authentique pour la renonciation extinctive comme pour la renonciation translatrice.

61. Mais la question de l'inscription restait entière. Elle ne fut tranchée que postérieurement à la loi de 1889, par un arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1890, qui, cassant un arrêt de la Cour de Douai, affranchit la renonciation extinctive de la formalité de l'inscription. « Attendu, disait la Cour de cassation, que la loi du 23 mars 1855, dans son article 9..... n'assujétissait à la nécessité de l'inscription que les renonciations dont l'effet était de saisir les cessionnaires ou subrogés des droits hypothécaires de la femme; que la renonciation pure et simple de celle-ci dans un acte de vente régulièrement transcrite¹ au profit de l'acquéreur d'un immeuble grevé de cette hypothèque, ayant un caractère extinctif et non translatif, se trouvait par suite dispensée de toute formalité autre que celle de la transcription.....² »

62. Jusqu'à cette époque, la législation applicable

thèque; il s'agissait donc bien de la renonciation extinctive à l'hypothèque, et non pas de la subrogation translatrice dans le droit de préférence.

1. En aurait-il été de même d'une renonciation extinctive non contenue dans un acte d'aliénation et non transcrite avec lui? La Cour de cassation ne se prononce pas sur la question.

2. Cass., 5 mai 1890. (Dall., 90, 1. 467, et Pandectes françaises, 1890, 1, 241.) Les dispositions de la loi de 1889 n'ont peut-être pas été, en fait, sans exercer une certaine influence sur cet arrêt.

à la renonciation extinctive restait donc indécise ; la Cour de cassation ne s'était pas prononcée d'une manière décisive, et les Cours et tribunaux, manquant de guide, donnaient l'exemple d'une divergence de vue complète ¹.

63. Cette incertitude entraînait nécessairement en pratique de graves inconvénients qui existaient pour toutes les renonciations extinctives, mais qui se manifestaient d'une manière particulièrement frappante pour la plus fréquente d'entre elles, c'est-à-dire la renonciation consentie à l'acquéreur. C'est ce qui explique que l'attention du législateur ait été spécialement attirée sur elle.

64. Ne sachant en effet quelles formalités remplir pour obtenir une renonciation valable, l'acquéreur n'avait qu'un moyen assuré d'éteindre l'hypothèque légale, c'était de recourir à la purge.

Sans doute, si les controverses relatives à l'authenticité avaient été seules, il aurait toujours pu se

1. Pour l'acte authentique, la jurisprudence paraissait l'exiger, même pour la renonciation extinctive. En ce sens, les deux arrêts déjà cités : Lyon, 6 mars 1880, et Cass., 21 novembre 1880. — *Contra*, Orléans, 21 mars 1894 (Dall., 94, 2, 529).

Pour l'inscription, la jurisprudence était fort divisée. Certains arrêts exigeaient l'inscription de la renonciation extinctive. Charolles, 6 septembre 1879, rapporté par Dall., *Privilèges et hypothèques*, supp. au rép., n° 613, note 1 ; — Cambrai, 11 mai 1887, et Douai, 22 décembre 1887, rapportés avec l'arrêt de Cass. de 1890 (Dall., 90, 1, 467). Mais l'opinion contraire était plus accréditée. La Flèche, 26 août 1878 (Dall., 80, 3, 134). — Beaune, 28 août 1879 (Dall., 80, 3, 134, et S., 80, 2, 148). — Le Mans, 28 janvier 1880 (Dall., 80, *ibid.*). — Dijon, 4 août 1880 (Dall., 80, 2, 241, et S., 80, 2, 323). — Dijon, 6 février 1889 (Dall., 90, 2, 326, et S., 89, 2, 80).

mettre à l'abri en exigeant de la femme un acte authentique.

Mais il n'en était pas de même de l'inscription, et, à ce point de vue, il se trouvait enfermé dans une véritable impasse.

Se conformant à l'opinion la plus accréditée, se bornait-il à faire transcrire le contrat d'aliénation, il était toujours exposé à entendre juger que la renonciation à lui consentie n'était pas opposable aux tiers, et à voir soit un cessionnaire ultérieur de l'hypothèque légale, soit même un simple créancier chirographaire de la femme¹, la considérer comme non avenue. C'était donc pour lui une menace incessante d'éviction.

Se montrant plus vigilant et plus désireux de sauvegarder ses droits, se conformait-il aux formalités de l'article 9 et prenait-il inscription, sa situation n'était guère plus enviable, car l'inscription menaçait de se retourner contre lui ; elle était en effet soumise au renouvellement décennal, et, faute de ce renouvellement, elle était considérée comme non avenue. Or, cette obligation d'inscrire une hypothèque éteinte et de renouveler l'inscription tous les dix ans était à peu près irréalisable en pratique, surtout lorsque l'immeuble avait été l'objet de plusieurs aliénations successives émanant toutes

1. On sait, en effet, que les créanciers chirographaires sont des tiers pouvant invoquer le défaut d'inscription.

d'hommes mariés. « L'immeuble, dit M. Merignhac¹,
« est revendu plusieurs fois et toujours acheté par
« des hommes mariés, il faudra chaque fois une
« nouvelle inscription de l'hypothèque légale ; le
« dernier acquéreur, à toutes subrogé, sera obligé
« de les conserver toutes : ce sera bientôt un dédale
« dans lequel on ne pourra plus se reconnaître ; les
« registre du conservateur serviront à peine pour un
« pareil travail. Quel résultat imprévu pour l'acqué-
« reur ! Pour se soustraire à cette situation, il sera
« forcé de recourir à la purge, qu'il avait d'abord
« voulu éviter en obtenant la renonciation. »

Effectivement, la purge, c'était le seul moyen assuré qui restait à l'acquéreur pour faire tomber l'hypothèque légale.

65. Or, cet état de choses était à la fois peu rationnel et désastreux en pratique.

Logiquement, en effet, la purge présente la plus grande utilité lorsqu'elle tend au but qui est sa raison d'être, c'est-à-dire à la distribution du prix de l'immeuble entre les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Elle ne peut plus, au contraire, raisonnablement se comprendre, lorsqu'elle est destinée uniquement à éteindre une hypothèque que le créancier consent à abandonner en provoquant une inscription que l'on sait ne pas devoir être prise.

1. MERIGNHAC, *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, n° 157.

Et, pratiquement surtout, la purge est une procédure compliquée, toujours fort longue et fort coûteuse. C'est un fait d'expérience qu'elle dure au moins trois mois, et la statistique démontre que, pour les ventes de minime importance, les frais vont souvent jusqu'à atteindre la valeur même de l'immeuble, quand ils ne la dépassent pas. En France, devait-on dire à la Chambre des députés, « il n'y pas moins de 800,000 ventes annuelles dont le prix n'excède pas 200 fr., et qui souvent serait doublé par les frais de purge ».

66. Aussi qu'arrivait-il le plus souvent? « La « perspective des dépenses effrayait l'acquéreur, qui, « de parti pris et dans la plupart des cas, refusait « de recourir à un pareil moyen. Il se bornait à faire « transcrire son contrat ; quant à inscrire la renon- « ciation qui y était contenue, il n'en avait cure, et « cependant il connaissait les dangers auxquels il « s'exposait par suite de l'inaccomplissement de cette « formalité. Mais il aimait mieux courir les chances « d'un procès et d'une éviction¹. »

67. De là résultait, en pratique, un trouble très grand. « C'est, disait M. Cazot à la Chambre des « députés, l'hypothèque générale et indéfinie de la « petite propriété ; c'est le trouble jeté dans les « mutations immobilières ; c'est l'exploitation de « l'acquéreur par les vendeurs de mauvaise foi ; c'est

1. ESCOBIAZ, *Lois nouvelles*, 1889, 1, p. 91.

« la purge légale devenue inévitable pour les ventes
« les plus minimales, l'ordre et la consignation en per-
« manence ; l'acquéreur ne peut payer à l'amiable
« un vendeur qui ne peut dégrever l'immeuble¹. »

68. C'est cet état de choses qui devait amener la loi de 1889.

SECTION III

Travaux préparatoires de la loi de 1889

69. Les notaires s'émurent en effet de cette situation. Pour y remédier, ils cherchèrent à permettre l'extinction de l'hypothèque légale sans recourir à la purge, et en rendant de nouveau pratique le procédé de la renonciation, si simple et si usité avant 1855.

Or, ce qui faisait alors l'insuffisance de cette renonciation, c'était la publicité mal définie établie par la loi de 1855. On ne pouvait songer à supprimer cette publicité, même pour la renonciation extinctive consentie à l'acquéreur ; car, si le législateur de 1855 l'avait mal réalisée, il avait eu au moins le mérite d'en montrer la nécessité. Il fallait donc l'organiser d'une manière nette et pratique.

70. Le moyen d'y parvenir paraissait assez simple. La loi de 1855 avait, en effet, soumis l'acte d'alié-

1. Rapport CAZOT. — Annexes de la Chambre des députés, n° 138. *J. off.*, 1881.

nation à la formalité de la transcription ; il était facile de se servir de cette formalité pour porter à la connaissance des tiers la renonciation contenue dans l'acte même d'aliénation. Et, si cette renonciation était contenue dans un acte distinct, il suffisait d'en exiger une mention en marge de cette transcription¹. Ce fut là le système proposé par les notaires : il devait être adopté par le législateur.

71. Ce but poursuivi par les promoteurs de la loi de 1889 explique deux choses.

La première, c'est que la loi nouvelle concerne uniquement la renonciation consentie à l'acquéreur. C'est là une restriction qui nous paraît critiquable à un double point de vue : d'abord il n'existe aucune réglementation générale pour ce sujet, complexe cependant, des renonciations à l'hypothèque légale, et il aurait été utile d'en établir une ; ensuite les controverses suscitées par la loi de 1855 existaient, non pas seulement pour la renonciation consentie à l'acquéreur, mais pour toutes les renonciations extinctives ; aussi, à tout le moins, la loi nouvelle aurait-elle dû concerner toutes ces renonciations².

1. Nous avons vu que, d'après certains auteurs, la transcription avait déjà pour but, sous l'empire de la loi de 1855, de porter la renonciation à la connaissance des tiers en remplaçant l'inscription. Ce résultat se trouvait effectivement réalisé en pratique, si l'on admettait que la renonciation consentie à l'acquéreur était dispensée d'inscription ; mais il ne l'était que dans le cas où la renonciation était contenue dans l'acte même d'aliénation, et nous croyons qu'il n'avait été ni recherché, ni même prévu par le législateur de 1855. Comp. *supra*, n° 52.

2. Comp. *infra*, n° 542.

La seconde, c'est que le projet proposé par les notaires était relatif uniquement à la publicité de la renonciation. Nous verrons qu'au cours de la discussion devant le Parlement, il fut considérablement élargi, et qu'aujourd'hui la loi de 1889, beaucoup plus générale, régleme à la fois les formes et les effets de la renonciation.

72. Ce fut en 1862 que les notaires présentèrent pour la première fois au Sénat une pétition tendant à faire fixer par une loi interprétative la portée de l'article 9 de la loi de 1855. Mais le Sénat l'écarta sur l'avis de son rapporteur, M. de Casabianca, qui avait pris une part active à l'élaboration de la loi de 1855. Pour M. de Casabianca, l'article 9 ne pouvait s'appliquer qu'aux renonciations translatives ; il était donc facile à l'acquéreur de faire tomber l'hypothèque légale en obtenant de la femme une renonciation, et sans avoir à se préoccuper de l'inscription, « Il n'est nullement nécessaire, en concluait-il ¹, de
« provoquer une loi nouvelle pour modifier une loi
« récente, dont la saine interprétation doit remédier
« aux inconvénients signalés. »

73. Mais précisément, l'année suivante, survint l'arrêt de la Cour de Lyon ², que certains auteurs considéraient comme exigeant l'inscription des renonciations consenties à l'acquéreur. Le trouble

1. Rapport Casabianca au Sénat, 20 janv. 1862, citation de M. Merlin.

2. *Supra*, n° 59

qu'il jeta dans la pratique détermina, en 1865, les notaires à présenter une nouvelle pétition¹. M. Bonjean, nommé rapporteur, conclut encore au rejet, par ce motif, assez surprenant, que les acquéreurs n'étaient pas aussi menacés que le prétendaient les notaires : dans les acquisitions importantes, ils n'avaient qu'à faire procéder à la purge, dont les frais n'étaient pas alors trop considérables ; et quant aux ventes minimales, elles avaient presque toujours lieu entre voisins se connaissant et jugeant inutiles, non seulement la purge, mais même la transcription. Le Sénat se déclara satisfait de cette explication, et adopta les conclusions du rapport.

74. La décision de la Cour de cassation confirmant l'arrêt de Lyon² décida M. Daulnoy, notaire et président de la chambre, à adresser une troisième pétition, qui ne devait pas avoir plus de succès que les précédentes. Un rapporteur fut encore nommé ; ce fut M. Lacaze. Adoptant une opinion absolument opposée à celle qui avait été exposée à la même tribune, quelques années auparavant, par M. de Casabianca, M. Lacaze soutint que l'article 9 de la loi de 1855 s'appliquait à toutes les renonciations, aussi bien aux renonciations extinctives qu'aux renonciations translatives, et que, par suite, la publicité de ces renonciations étant suffisamment

1. Journal des notaires et des avocats, année 1881, p. 261 et s.

2. *Supra*, n° 59.

établie, il n'y avait lieu ni de modifier ni d'interpréter la législation existante. Cette fois encore, mais pour des raisons diamétralement opposées à celles qui avaient déjà été données, la pétition échoua.

75, Cependant, les arrêts et les jugements intervenant tantôt dans un sens, tantôt dans un autre, ne faisaient qu'augmenter la perturbation qui régnait dans la pratique ; aussi, malgré leurs insuccès répétés, les notaires ne se découragèrent-ils pas. Mais, cette fois, ce fut à la Chambre des députés qu'ils s'adressèrent, au moyen d'une pétition collective présentée en 1881 et portant la signature de 356 présidents de chambre.

C'est cette pétition qui, huit ans plus tard, devait aboutir à la loi de 1889. Plus précise que les précédentes, elle proposait un texte de loi, et demandait que l'on ajoutât à l'article 9 de la loi de 1855 un paragraphe ainsi conçu :

« Le concours de la femme à l'aliénation con-
« sentie par le mari d'un immeuble propre ou con-
« quêt de communauté, emporte extinction de l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble aliéné,
« *erga omnes*, à partir du jour de la transcription de
« l'aliénation.

« La renonciation par la femme à son hypothèque légale en faveur de l'acquéreur, si elle a lieu
« par acte séparé, n'est opposable au tiers acquéreur
« qu'à partir du jour où la mention de cette renon-

« ciation a été opérée en marge de la transcription, « qui constate l'aliénation ¹. »

76. Ce projet, spécial à la renonciation consentie à l'acquéreur et à la publicité de cette renonciation, ne se bornait plus à demander une interprétation de l'article 9 de la loi de 1855; mais, modifiant cette loi au moins pour ce qui concerne la renonciation contenue dans un acte distinct de l'aliénation, il proposait le système de publicité rationnel et pratique que nous avons déjà eu à exposer ².

77. Un rapport fut présenté sur lui, au nom de la vingt-sixième commission parlementaire, par M. Plessier, qui conclut enfin à son adoption ³. La Chambre se rangea à cette opinion, et le renvoya au ministre de la justice, avec invitation à présenter un projet de loi « donnant aux acquéreurs la sécurité légitime et nécessaire que doit leur procurer le concours de la femme à la vente de l'immeuble grevé par son hypothèque. »

78. Ce projet fut déposé à la Chambre le 7 janvier 1881 par M. Cazot ⁴, alors ministre de la justice ; il était ainsi conçu :

1. Journal des notaires et des avocats, 1881, p. 270 et s.

2. *Supra*, n° 70.

3. Rapport Plessier, Journal des notaires et des avocats, année 1881, p. 257 et s.

A l'appui de son opinion, M. Plessier exposait que la loi de 1855 s'appliquait indubitablement à la renonciation extinctive: c'était là peut-être une affirmation bien absolue.

4. L'exposé des motifs de M. Cazot est un résumé de recherches sérieuses sur la question. M. Cazot commençait par condamner

« La renonciation à son hypothèque légale con-
« sentie par la femme au profit d'un acquéreur d'im-
« meuble, propre au mari ou dépendant de la com-
« munauté, emporte extinction de cette hypothèque
« légale.

« Elle vaut purge pour l'acquéreur, et est oppo-
« sable aux créanciers subrogés par la femme dans
« ses droits hypothécaires, lorsqu'ils n'ont pas fait
« inscrire les subrogations antérieurement à la trans-
« cription du contrat de vente, si la renonciation a été
« consentie dans ce contrat, ou à la mention de la
« renonciation en marge du contrat de vente trans-
« crit, si cette renonciation a été consentie par acte
« authentique distinct¹. »

79. Tout en restant spécial à la renonciation consentie à l'acquéreur, ce texte est plus général que celui qui avait été proposé par les notaires : il cesse de s'occuper uniquement de la publicité, et deux idées nouvelles y apparaissent.

La première est relative aux effets de la renonciation. Le texte proposé par les notaires, qui n'avaient

l'opinion émise par M. Plessier, estimant, quant à lui, que l'art. 9 de la loi de 1855 ne pouvait pas s'appliquer à la renonciation extinctive. Il n'en concluant pas moins à l'adoption du projet. On voit par là, et cette remarque est assez singulière, que, dans les divers rapports présentés jusqu'ici au Parlement, les arguments opposés avaient toujours conduit à des solutions identiques, et que, par contre, les mêmes arguments avaient conduit à des solutions opposées. Il signalait ensuite avec beaucoup de force les inconvénients résultant de la situation faite à l'acquéreur : nous avons déjà eu, à ce sujet, à citer un passage de son rapport. (*Supra*, n° 67.)

1. Annexes de la Chambre des députés, n° 138, Journal officiel 1881.

pas envisagé cette question, se bornait à indiquer, d'une manière vague et générale, que la renonciation « emporte extinction de l'hypothèque ». Cette formule était trop absolue. La renonciation consentie à l'acquéreur emporte bien extinction du droit de suite attaché à l'hypothèque, mais elle laisse subsister le droit de préférence. C'est ce que M. Cazot voulait préciser en faisant suivre l'expression « emporte extinction de cette hypothèque légale » des mots « elle vaut purge », la purge laissant également subsister le droit de préférence de la femme.

La seconde concerne l'acte authentique : c'était là un sujet que l'on abordait pour la première fois et qui, plus tard, devait revenir sans cesse dans toutes les discussions qui se sont succédé au Parlement. Nous avons vu combien la question de savoir si la renonciation extinctive consentie à l'acquéreur était assujettie à la formalité de l'authenticité, avait suscité de controverses sous l'empire de la loi de 1855. M. Cazot lui donnait une solution assez singulière : l'authenticité était exigée pour la renonciation contenue dans un acte distinct de l'acte d'aliénation ; mais elle ne l'était pas pour la renonciation contenue dans cet acte même. Nous nous sommes toujours demandé quels pouvaient être les motifs de cette distinction ; car, dans les deux cas, il y a exactement les mêmes raisons pour exiger ou ne pas exiger l'acte authentique ; elle était cependant destinée à faire fortune, et elle devait subsister dans presque tous les projets de

loi qui ont été successivement proposés, pour ne disparaître [définitivement que lors de l'adoption de la loi en seconde délibération par le Sénat; c'est là un succès qui peut paraître assez étonnant.

80. Ce projet fut soumis à une commission qui déposa son rapport le 14 octobre 1881, et qui en adopta le principe. « Le projet, disait-elle, est digne
« d'être accueilli, parce qu'il a pour objet de consacrer
« une pratique générale, et de faire cesser des
« controverses qui peuvent susciter des procès qu'il
« est du devoir du législateur de prévenir. »

Et, sans introduire des modifications nouvelles, la commission remaniait cependant le texte du projet, qu'elle trouvait quelque peu embarrassé. Elle proposait en conséquence la rédaction suivante :

« La renonciation par la femme à son hypothèque
« légale au profit de l'acquéreur d'immeubles aliénés
« par son mari, à quelque titre que ce soit, emporte
« extinction de cette hypothèque, et vaut purge à
« partir soit de la transcription de l'acte d'aliéna-
« tion, si cette renonciation y est contenue, soit de la
« mention en marge de cette transcription, si cette
« renonciation a été consentie par acte authentique
« distinct.

« La transcription ou la mention ainsi opérées
« sont opposables à tous les créanciers subrogés par
« la femme dans ses droits hypothécaires qui n'ont
« pas fait inscrire les subrogations ou renonciations

« consenties à leur profit avant la transcription ou
« avant la mention ci-dessus indiquée ¹. »

81. Ce projet ne put venir en discussion avant la clôture de la cession 1881-1885. A l'ouverture de la nouvelle législature, M. Brisson, alors ministre de la justice, le déposa de nouveau à la Chambre des députés, le 26 novembre 1885 ².

82. Il devenait nécessaire de le soumettre à une nouvelle commission. Le rapporteur, M. Bernier, crut devoir y introduire de nouvelles modifications qui pouvaient se ramener à deux ordres d'idées.

Les premières concernaient l'acte authentique. Reconnaisant combien était illogique la distinction entre la renonciation contenue dans un acte distinct de l'acte d'aliénation et la renonciation contenue dans cet acte même, la commission proposait d'exiger l'acte authentique dans tous les cas. Cette distinction devait cependant ne pas tarder à reparaitre dans les nouveaux projets.

En même temps, la commission assignait à cet acte authentique un rôle qui, selon nous, ne lui appartenait pas avec la loi de 1855 : c'était de renseigner la femme en lui assurant les conseils d'un officier ministériel. Et même, afin de mieux éclairer la femme, elle imposait au notaire l'obligation de lui donner lecture du texte de la loi.

1. Rapport Bernier, annexes de la Chambre des députés, n° 3113, Journal officiel 14 oct. 1884.

2. Rapport Brisson, présenté au nom de M. Jules Grévy, président de la République, annexes de la Chambre des députés 1885, n° 106.

En second lieu, la commission signalait une nouvelle idée que nous retrouverons dans la loi de 1889. La renonciation pouvait être expresse ou tacite : on admettait alors que la renonciation tacite pouvait résulter de circonstances de fait que les tribunaux appréciaient souverainement. La commission proposait de fixer sur ce point la jurisprudence, en décidant que le simple concours de la femme à l'acte d'aliénation entraînerait toujours renonciation à l'hypothèque légale, à moins de stipulation contraire des parties.

83. Le nouveau projet était ainsi conçu :

« La renonciation par la femme à son hypothèque
« légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés
« de cette hypothèque en emporte l'extinction, et
« vaut purge à partir soit de la transcription de l'acte
« authentique d'aliénation, si la renonciation y est
« contenue, soit de la mention en marge de la trans-
« cription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a
« été consentie par un acte authentique distinct. »

« En l'absence de stipulations contraires, cette
« renonciation résulte du concours de la femme à
« l'acte d'aliénation.

« Le notaire qui reçoit l'acte d'aliénation est tenu
« de donner lecture à la femme de la présente dispo-
« sition, et de mentionner cette lecture dans l'acte,
« sous peine de 20 fr. d'amende ¹. »

Quant au dernier paragraphe du texte de 1884,

1. Rapport Bernier, annexes à la Chambre des députés, n° 583, Journal officiel 1886.

la Commission le supprimait purement et simplement, le considérant comme « superflu ».

84. Le projet, ainsi modifié, fut voté sans discussion par la Chambre, dans les séances des 19 avril et 27 mai 1886 ¹.

85. Nous le retrouvons maintenant au Sénat, où il fut l'objet de nouvelles vicissitudes.

86. M. Demôle, ministre de la justice, le présenta au Sénat, le 22 juin 1886, sans nouvel exposé des motifs, et en se ralliant complètement au texte voté par la Chambre.

87. Il fut alors renvoyé à la commission du Sénat, et, le 23 mars 1885, M. Merlin, nommé rapporteur, déposa un important rapport sur la question.

88. Après avoir rappelé brièvement l'histoire des renonciations, et avoir signalé de nouveau tous les inconvénients qui résultaient de la loi de 1855, M. Merlin approuvait pleinement le principe du projet voté par la Chambre. « Sur le principe même du projet, disait-il, « votre commission s'est trouvée unanimement « d'accord : les interprétations diverses données à la « la loi de 1855 ont créé, en pratique, dans une « matière aussi usuelle que celle des subrogations et « des renonciations par les femmes à leur hypothèque « légale, une situation pleine d'embarras et de périls, « qu'il faut absolument faire cesser. En édictant que

1. Chambre des députés, *Journal officiel*, 19 avril 1886, p. 855, et 27 mai 1886, p. 945.

« la renonciation par la femme à son hypothèque
« légale, au profit de l'acquéreur d'immeubles du
« mari ou de communauté, en emporte extinction et
« vaut purge, le projet écarte les inconvénients qui
« résultent de l'accomplissement des formalités d'une
« purge légale. . . . En ordonnant la transcription
« de l'acte d'aliénation qui contient la renonciation,
« ou la mention en marge de cette transcription de la
« renonciation si elle a été consentie par acte distinct,
« on organise une publicité qui met les tiers à l'abri
« de toute surprise. . . . Le projet de loi, dans son
« principe, réalise donc une réforme utile, et donne
« satisfaction aux réclamations dont l'obscurité de
« l'article 9 de la loi de 1855 avait été la cause. »

89. Mais M. Merlin apportait au texte qui lui était soumis des modifications sur les trois points suivants :

90. Le premier concernait l'acte^{au} authentique. Il lui semblait impossible de l'exiger, alors que l'on permettait à la femme de s'obliger ou de s'engager par acte sous seing, et de se priver ainsi indirectement du bénéfice de son hypothèque. D'ailleurs, ajoutait-il, la loi nouvelle est « avant tout destinée à assurer la
« publicité des actes par lesquels la femme renonce à
« son hypothèque légale en faveur d'un acquéreur
« d'un immeuble du mari ; pour atteindre ce but,
« l'authenticité. . . . n'est nullement nécessaire. »

Il y aurait beaucoup à dire sur cette seconde proposition ; car, si, à l'origine, la loi nouvelle ne devait être qu'une loi de publicité, il y avait longtemps que

ce point de vue était complètement modifié ! M. Merlin en tirait une conclusion qui n'était pas moins étrange : reprenant l'ancienne distinction de M. Cazot ¹, il n'exigeait pas l'authenticité pour la renonciation contenue dans l'acte d'aliénation ², mais il l'exigeait pour la renonciation contenue dans un acte distinct. Et pourquoi cette différence ? Le seul motif qu'il en donne, et qui n'est qu'une simple affirmation, est le suivant : « Écartons tout d'abord du « débat le cas où c'est par acte distinct, postérieur à « la vente, que la femme a renoncé, en faveur de « l'acquéreur, à son hypothèque légale ; il est évident « que ce cas rentre dans ceux qui sont prévus par « l'article 9 : la renonciation doit être faite par acte authentique. »

91. Le deuxième avait pour objet la renonciation tacite. M. Merlin se montrait d'accord avec la Chambre des députés pour mettre fin au pouvoir d'appréciation qui appartenait aux tribunaux ; mais, pour y parvenir, il proposait un moyen diamétralement opposé : au lieu de faire résulter la renonciation tacite de tout concours de la femme à l'acte d'aliénation, il énumérait limitativement les circonstances qui pouvaient l'entraîner : « Dans la pensée de la Chambre, « disait-il, il suffit d'un concours quelconque de

1. *Supra*, n° 79.

2. Cette nouvelle disposition devait entraîner et entraînait, par voie de conséquence, la suppression du dernier paragraphe du projet, imposant au notaire l'obligation, bien inutile d'ailleurs, de donner à la femme lecture de la loi nouvelle.

« la femme à l'acte d'aliénation, sans engagement
« de sa part envers l'acquéreur, pour qu'elle soit
« considérée comme ayant renoncé à son hypothèque
« légale. Cette disposition a paru à votre commission
« excessive et dangereuse. . . . Ce concours, en
« effet, peut-être déterminé par des motifs étrangers
« à la volonté de consentir une pareille renon-
« ciation. » Aussi demandait-il de n'accorder « au
« concours de la femme à l'acte d'aliénation l'effet
« d'une renonciation qu'autant que ce
« concours se traduirait par une obligation formelle
« de covenantesse ou de garante solidaire de la vente. »

92. En troisième lieu, M. Merlin abordait une idée assez complexe, qui n'était encore qu'ébauchée, mais qui devait donner lieu plus tard à bien des discussions longues et complexes : c'était la réglementation du droit de préférence que la renonciation laisse subsister. Déjà, M. Cazot¹ avait cru devoir constater cette survie du droit de préférence en ajoutant au texte proposé par les notaires l'expression : la renonciation « vaut purge ». M. Merlin réclamait une disposition plus précise ; il essayait en même temps de déterminer les effets de ce droit de préférence, mais en se bornant encore à poser un principe vague et général, qui consistait en un renvoi pur et simple aux articles 717 et 772 du Code de procédure civile.

1. *Supra*, n° 79.

93. Ces modifications se trouvaient reproduites dans le projet suivant :

« La renonciation par la femme à son hypothèque
« légale, au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés
« de cette hypothèque, en emporte l'extinction et
« vaut purge, à partir soit de la transcription de l'acte
« d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit
« de la mention faite en marge de la transcription
« de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été con-
« sentie par acte distinct.

« En l'absence de stipulation expresse, la renon-
« ciation par la femme à son hypothèque légale
« résulte de son concours à l'acte d'aliénation, soit
« comme covenderesse, soit comme garante solidaire
« de la vente.

« Toutefois, la femme conserve son droit de pré-
« férence sur le prix, conformément aux articles 717
« et 772 du Code de procédure civile ¹. »

94. Ce projet fut appelé en première délibération au Sénat, à la séance du 6 février 1888 ². Il y fut vivement discuté.

95. Tout d'abord, M. Cazot faisait à l'ensemble du projet une objection fondamentale : la renonciation n'étant qu'une mainlevée d'hypothèque, c'était sur le registre des inscriptions, et non pas sur celui

1. Rapport Merlin, annexe du Sénat, n° 37. *J. off.*, 7 avril 1888, p. 7 et suivantes.

2. Sénat, 6 et 7 février 1888, *J. off.*, p. 107 et suivantes, 121 et suivantes.

des transcriptions, qu'on devait le faire figurer¹; pour lui, le projet de la commission méconnaissait complètement le rôle, bien déterminé cependant, de chacun de ces deux registres. Cette proposition, qui aurait eu pour résultat de faire renaître tous les inconvénients que la loi nouvelle était destinée à éviter, fut longuement combattue par M. Merlin, et aussi par M. Boulanger, ancien directeur de l'enregistrement; elle fut rejetée par le Sénat, qui se rallia au système de publicité de sa commission².

95 *bis*. Le principe de la loi était ainsi admis; mais des modifications profondes furent proposées pour chacun des articles du projet.

96. Sur le premier paragraphe revenait toujours la même question de la nécessité de l'acte authentique. M. Fallières, ministre de la justice, signalait avec beaucoup de force l'illogisme de la distinction proposée entre la renonciation contenue dans l'acte

1. M. Clément proposait, de son côté, de se contenter de la transcription lorsque la renonciation interviendrait dans l'acte d'aliénation, mais d'exiger une inscription lorsqu'elle serait contenue dans un acte distinct. (*J. off.*, p. 110.) C'est là une dualité de formalités qu'il est bien difficile de comprendre.

2. Nous aurons à examiner plus amplement le mérite de cette publicité, ainsi que de celle réclamée par M. Cazot, en étudiant le système de publicité organisé par la loi de 1889. *Infra*, n° 240-252.

Signalons toutefois, dès maintenant, une proposition très juste de M. Griffe, tendant à exiger, dans tous les cas, une mention de la renonciation en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, alors même que la renonciation serait contenue dans cet acte et transcrite avec lui. Cette proposition ne fit malheureusement l'objet d'aucune discussion. (*J. off.*, p. 113.)

d'aliénation et la renonciation contenue dans un acte distinct. « Je ne puis m'empêcher, disait-il ¹, de révéler
« la contradiction dans laquelle la commission est
« tombée. Ainsi, quand il s'agit d'une renonciation
« formelle, expresse, quand la femme sera obligée
« de prendre la plume et de dire : « Je renonce à
« mon hypothèque légale », la commission exige un
« acte authentique. Et quand la renonciation inter-
« vient dans un acte ², quand on fera figurer la femme,
« soit comme covenderesse d'un immeuble qui ne lui
« appartient pas, soit comme garante d'un immeuble
« qu'en réalité elle ne vend pas, ne trouvez-vous pas
« qu'elle mérite davantage d'être éclairée sur l'étén-
« due de ses droits, et sur l'importance des sacrifices
« qu'on va lui faire faire ? »

Aussi M. Fallières demandait-il que l'acte authentique fût exigé dans tous les cas, et proposait-il l'adoption d'un amendement de M. Léon Renault, ainsi conçu : « Dans tous les cas, cette renonciation
« n'est valable et ne produit les effets ci-dessus que
« si elle est contenue dans un acte authentique. »

Sur la demande de M. Merlin, cet amendement fut renvoyé à la commission.

97. Le second paragraphe donna lieu à de lon-

1. Sénat, 6 février 1888. (*J. off.*, p. 114.)

2. C'est-à-dire dans l'acte même d'aliénation. Ainsi que le suppose M. Fallières, il est ordinairement exact, mais pas toujours cependant, que la renonciation contenue dans l'acte d'aliénation est tacite, alors que la renonciation contenue dans un acte postérieur est expresse. Il y a cependant une certaine confusion dans les paroles de M. Fallières.

gues explications de M. Clément¹, qui proposait avec raison de laisser aux juges la liberté d'appréciation qui leur appartenait pour admettre l'existence de renonciations tacites. La commission du Sénat, disait-il en substance, s'est placée absolument « aux antipodes » de la rédaction proposée par la Chambre. Pour la commission, il faut une stipulation expresse de covenenderesse ou de garante ; pour la Chambre, il suffit d'un simple concours, et ce concours existe toutes les fois que la femme comparait dans l'acte. « Je crois, pour ma part, beaucoup plus simple de « laisser cette définition aux juges » : c'est là le droit commun pour la renonciation à un acte quelconque ; c'est notamment le principe admis, avec la loi de 1855, pour la renonciation même à l'hypothèque légale ; il n'y a aucune raison pour qu'il en soit autrement de la renonciation consentie à l'acquéreur.

De son côté, M. Merlin défendit le projet de la commission, et le Sénat lui donna raison.

Toutefois, M. Lisbonne² faisait remarquer combien l'expression « garante solidaire » était impropre, et proposait la rédaction suivante, qui, disait-il, avait en outre l'avantage de mieux caractériser le caractère limitatif de cette disposition.

« En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale

1. Sénat, 6 février 1888, *J. off.*, p. 114 et suivantes.

2. Sénat, 6 février 1888, *J. off.*, p. 114.

« ne pourra résulter de son concours à l'acte
« d'aliénation que si elle stipule soit comme co-
« venderesse, soit comme garante ou caution du
« mari. »

Ce fut cette rédaction nouvelle qui, acceptée par la commission, fut adoptée par le Sénat.

98. Enfin, le Sénat abordait l'étude du troisième paragraphe du projet, relatif à la réglementation du droit de préférence. Elle devait donner lieu à des discussions souvent fort diuïsses et peu claires¹.

99. Tout d'abord, M. Lacombe critiquait le renvoi à l'article 772 du Code de procédure civile. Après la purge, en effet, conformément aux articles 717 et 772 du Code de procédure civile, la femme perd son droit de préférence, si un ordre n'est pas ouvert dans le délai de trois mois; de même, elle n'a pas à recevoir la sommation de produire dans les quarante jours, et cependant elle perd encore son droit, si elle ne le fait pas valoir dans ce délai. Ces déchéances se comprennent avec la purge, alors que la femme a reçu la sommation d'inscrire son hypothèque et n'a cependant pas pris inscription; elles ne se comprennent plus au contraire avec la renonciation, la femme ne recevant aucune sommation et ne pouvant même plus prendre inscription. Aussi M. Lacombe proposait-il de supprimer le renvoi à l'article 772 Code procé-

1. Sénat, 7 février 1888, *J. off.*, p. 422 et suivantes.

dure civile ; pour être logique, il aurait fallu aller plus loin et supprimer à la fois, ainsi que la commission devait le faire peu après, le renvoi à l'article 717, les déchéances encourues par la femme après la purge résultant de ces deux articles ¹.

100. Puis M. Lacombe reprochait au projet de contenir deux lacunes importantes.

101. La première avait trait à une difficulté que le maintien du droit de préférence de la femme suscitait pour le paiement du prix. Tant que le prix n'était pas payé, il était facile à la femme d'exercer son droit de préférence ; mais, si le prix avait été payé, devait-on lui permettre d'opposer encore son droit à l'acquéreur et de le contraindre à payer une seconde fois ?

On ne pouvait évidemment songer à lui reconnaître ce droit de répétition lorsqu'elle avait consenti au paiement : il est impossible d'admettre, disait M. Lacombe, « qu'elle ait le droit de réclamer à « l'acquéreur de payer une seconde fois la partie du « prix à la quittance duquel elle a participé » !

Au contraire, lorsque le prix avait été payé au mari seul et sans son consentement, la question était beaucoup plus délicate. Elle était vivement discutée en doctrine et en jurisprudence, et il importait de mettre un terme à cette controverse. « Il s'agit, disait M. Lacombe, en termes quelquefois assez inexacts, de savoir si l'extinction de l'hypothèque

1. Comp. *infra*, n° 109.

légale résultant du concours de la femme à l'acte d'aliénation ¹, entraîne le droit pour l'acquéreur de payer son prix ou le reliquat de son prix entre les mains du mari sans le concours de la femme, en d'autres termes si le droit de préférence..... est un droit réel ² opposable à l'acquéreur. S'il en était ainsi, l'acquéreur ne serait pas mis à l'abri par l'intervention de la femme de son vendeur dans l'acte de vente ; il lui faudrait toujours recourir à elle au moment du paiement. »

Et M. Lacombe proposait de s'arrêter à cette dernière solution, et d'exiger le consentement de la femme pour que le paiement lui soit opposable.

102. La deuxième lacune signalée par M. Lacombe avait trait à la subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence

Nous avons vu que la renonciation à l'hypothèque elle-même, consentie à l'acquéreur, est toujours extinctive, en ce sens qu'elle éteint toujours le droit de suite attaché à l'hypothèque. Mais la femme peut aussi céder à l'acquéreur, aussi bien qu'à tout autre intéressé, le droit de préférence qu'elle a conservé, et l'acquéreur a intérêt à obtenir cette subrogation lorsqu'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme ³.

1. Entendez : « Renonciation à l'hypothèque légale. »

2. Dans aucun cas, le droit de préférence n'est un droit réel.

3. Comp. *infra*, n° 9.

Or, le projet de la commission était complètement muet sur cette subrogation dans le droit de préférence. M. Lacombe proposait de décider que, dans ce cas où il existerait sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, le paiement fait avec le consentement de celle-ci entraînerait de plein droit subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence : autrement, ces créanciers hypothécaires, conservant le droit d'évincer l'acquéreur, et se voyant débarrassés de l'hypothèque légale qui les primait, se trouveraient profiter et profiter seuls de la renonciation; or, disait très justement M. Lacombe « il n'est entré dans l'esprit de personne, ni du mari, « ni de la femme, ni de l'acquéreur, que, l'hypo-
« thèque de la femme disparaissant, ce soient les
« créanciers postérieurs en rang qui en profitent et
« qui montent tous d'un cran ».

103. Et, cette subrogation étant admise, une difficulté nouvelle apparaissait; il était en effet utile de la porter à la connaissance des tiers qui avaient intérêt à savoir que la femme s'était ainsi dépouillée d'un de ses droits : quelle publicité convenait-il donc d'établir? On comprenait que la transcription suffise pour assurer la publicité de la renonciation même à l'hypothèque légale, parce que, cette hypothèque étant éteinte, on ne conçoit pas l'inscription d'une hypothèque éteinte; mais précisément le droit de préférence continue à exister entre les mains du subrogé, et, par suite, rien n'empêche son inscription. La juris-

prudence avait une tendance marquée à exiger cette inscription¹; il paraissait logique d'admettre la même solution², et c'est ce que demandait M. Lacombe.

104. Pour consacrer ces diverses observations, M. Lacombe proposait donc de supprimer le dernier paragraphe du projet, et de le remplacer par les deux amendements suivants :

« Toutefois, la femme conserve son droit de pré-
« férence sur le prix dans les conditions prévues par
« l'article 717 du Code de procédure civile, mais sans
« pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la
« partie du prix payée de son consentement, et
« sans préjudice du droit des autres créanciers hypo-
« thécaires.

« Le concours de la femme et son consentement
« au paiement total ou partiel du prix emportent, au
« profit de l'acquéreur et à due concurrence, subro-
« gation à l'hypothèque légale³, mais seulement sur
« l'immeuble vendu, et à charge par lui de se con-

1. Voir les deux arrêts de la Cour de Lyon du 22 déc. 1863 et de la Cour de cassation du 22 août 1866. (*Infra*, n° 59.)

2. Il est vrai que ce système entraînait pour les tiers l'obligation, quelque peu gênante, de consulter deux registres. « Vous aurez, disait M. Boulanger, sans toutefois se prononcer d'une manière formelle, pour la renonciation complète à l'hypothèque légale, des inscriptions parallèles sur deux registres : le registre des transcriptions pour la renonciation au droit de suite, et le registre des inscriptions au sujet du droit de préférence. Cette dualité n'est-elle pas de nature à compliquer les recherches, les frais et les formalités ? » (Journal officiel, p. 112.)

3. Entendez « subrogation dans le droit de préférence ». Cette expression inexacte figure encore dans le texte définitif de la loi de 1889.

« former aux dispositions du paragraphe 1^{er} du pré-
« sent article 1. »

D'accord avec le rapporteur, il demandait au Sénat de surseoir à statuer et de renvoyer ces amendements à la commission. Ce renvoi fut décidé dans la séance du 7 février 1888 ².

105. Voici donc quel était, à ce moment, le résultat de la longue discussion à laquelle le Sénat s'était livré. Les deux premiers paragraphes du projet étaient votés, le premier tel que le proposait la commission, le second tel qu'il résultait de l'amendement de M. Lisborne, accepté par la commission. Le troisième et dernier paragraphe, au contraire, restait en suspens, et la commission se trouvait saisie de trois amendements : le premier, celui de M. Léon Renault, relatif à l'acte authentique ; les deux autres, ceux de M. Lacombé, relatifs au droit de préférence.

106. Sur toutes les questions qui lui étaient soumises, la commission rédigea un rapport supplémentaire qui fut déposé sur le bureau du Sénat le 25 mai 1888 ³.

107. Elle commençait par rejeter purement et simplement l'amendement de M. Léon Renault, « à
« l'appui duquel aucun argument nouveau n'avait été
produit », maintenant ainsi la nécessité de l'acte

1. C'est-à-dire l'article 9 de la loi de 1855, à la suite duquel la loi nouvelle est ajoutée.

2. Sénat, 7 février 1888, *J. off.*, p. 126.

3. Rapport supplémentaire Merlin. Sénat, annexe au procès-verbal de la séance du 25 mai 1888, n° 344.

authentique uniquement dans le cas où la renonciation avait lieu par acte distinct de l'acte d'aliénation.

108. Au contraire, elle acceptait, dans leur principe, les deux amendements de M. Lacombe, mais en y apportant certaines modifications.

109. Tout d'abord, allant plus loin que M. Lacombe, et en cela se montrant plus logique que lui, elle supprimait à la fois le renvoi à l'article 772 et le renvoi à l'article 717 du Code de procédure civile.

110. Elle reconnaissait également les lacunes que présentait son premier projet. Ce projet, disait-elle, se borne, relativement au droit de préférence, « à poser un principe : bien qu'ayant renoncé à son « hypothèque légale, la femme conserve son droit de « préférence sur le prix. Mais quelles sont les « conséquences de ce principe ? Quelles sont les « différentes applications qu'il sera susceptible de « recevoir ? Le projet ne le dit pas ».

111. En conséquence, sur le premier amendement, elle se rangeait complètement à l'avis de M. Lacombe, qu'elle considérait comme « conforme à « l'équité et à la juste protection que la femme mariée « a le droit d'attendre du législateur ». Elle exigeait donc le consentement de la femme pour le paiement, se bornant à ne pas permettre à celle-ci de répéter le paiement effectué avec son consentement.

112. Sur le second, elle était encore d'accord avec M. Lacombe pour décider que le paiement fait avec

le consentement de la femme devait entraîner, au profit de l'acquéreur, subrogation dans le droit de préférence de la femme vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à celle-ci.

Mais elle se séparait de lui au sujet de la publicité de cette subrogation. M. Lacombe exigeait l'inscription pour rendre le droit de l'acquéreur opposable aux tiers, quels que soient ces tiers. La commission, au contraire, estimait l'inscription inutile pour permettre à l'acquéreur d'exercer le droit de préférence à l'encontre des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, « le contrat intervenu entre la femme et « l'acquéreur ne modifiant nullement la situation de « ces créanciers ¹. » Elle en concluait, à tort d'ailleurs, que la publicité n'avait sa raison d'être que dans un cas : c'était lorsque l'hypothèque légale grevait d'autres immeubles du mari ou de communauté, et lorsque la femme venait à céder cette hypothèque ; les cessionnaires avaient alors intérêt à connaître la subrogation qui avait diminué le droit de la femme². Aussi la commission, adoptant sur ce point le sys-

1. Et, effectivement, avant la subrogation, ces créanciers sont primés par la femme ; après la subrogation, ils le sont par l'acquéreur, mais toujours dans la même mesure ; la subrogation leur importe donc peu. Aussi, du moment que le droit de préférence, comme l'hypothèque elle-même, reste occulte entre les mains de la femme, il peut facilement en être de même, à ce point de vue au moins, lorsque ce droit est cédé à un tiers.

2. Effectivement, ces cessionnaires ont intérêt à connaître la subrogation ; mais ce ne sont pas les seuls intéressés. Comp. *infra*, n° 465.

tème de publicité de M. Lacombe, proposait-elle d'exiger l'inscription de la subrogation à l'égard de ces cessionnaires, mais aussi à l'égard d'eux seuls.

113. Dans ces conditions, la commission demandait au Sénat de ne pas modifier les deux premiers paragraphes déjà votés, mais de remplacer le troisième par les deux dispositions suivantes :

« Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé de son consentement, et sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la femme à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix¹ emporte même, à due concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu au profit de l'acquéreur vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe premier du présent article. »

1. L'amendement de M. Lacombe portait ici ces mots : « Le concours de la femme ou son consentement au paiement total ou partiel du prix ». La commission les remplaçait par l'expression suivante : « Le concours ou le consentement donné par la femme à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle du prix » ; mais elle indiquait qu'elle considérait ces deux expressions comme synonymes.

Elle ajoutait en outre au projet le paragraphe suivant :

« Les dispositions qui précèdent sont applicables
« à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion. »

114. Sur la demande même du rapporteur ¹, qui priait les membres du Sénat de renvoyer leurs observations à la seconde délibération, ce texte fut voté sans discussion par le Sénat dans la séance du 23 octobre 1888 ².

Le texte définitif voté en première lecture se trouvait donc être le suivant :

« La renonciation par la femme à son hypothèque
« légale, au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés
« de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut
« purge, à partir soit de la transcription de l'acte
« d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit
« de la mention faite en marge de la transcription de
« l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie
« par acte authentique distinct. »

« En l'absence de stipulation expresse, la renon-
« ciation par la femme à son hypothèque légale ne

1. Le rapporteur s'exprimait en ces termes : « Oserai-je maintenant, en terminant, adresser une prière au Sénat ? Ce serait de bien vouloir nous aider dans l'accomplissement de notre tâche, en terminant le plus tôt possible cette première délibération, qui n'a déjà que trop duré. Et, pour cela, n'y aurait-il pas un moyen ? Ce serait que les auteurs des amendements, ou ceux de nos collègues qui sont dans l'intention de présenter des observations sur des points qui n'ont pas encore été résolus, consentissent à remettre leurs observations et la discussion de ces amendements à la 2^e délibération. » (Sénat, 23 mars 1888, *J. off.*, p. 4380.)

2. Sénat, 23 octobre 1888, *J. off.*, 1379 et 1380.

« pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation
« que si elle stipule soit comme covenderesse, soit
« comme garante, soit comme caution du mari.

« Toutefois, la femme conserve son droit de préfé-
« rence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre
« l'acquéreur le prix ou la partie du prix par lui payé
« de son consentement, et sans préjudice du droit des
« autres créanciers hypothécaires.

« Le concours ou le consentement donné par la
« femme à un acte d'aliénation contenant quittance
« totale ou partielle du prix emporte même, à due
« concurrence, subrogation à l'hypothèque légale sur
« l'immeuble vendu au profit de l'acquéreur, vis-à-
« vis des créanciers hypothécaires postérieurs en
« rang ; mais cette subrogation ne pourra préjudicier
« aux tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hy-
« pothèque légale de la femme sur d'autres immeu-
« bles du mari, à moins que l'acquéreur ne se soit
« conformé aux prescriptions du paragraphe premier
« du présent article.

« Les dispositions qui précèdent sont applicables
« à la Guadeloupe, à la Martinique et à la Réunion.»

A part l'amendement de M. Léon Renault, qui
devait être adopté plus tard et intercalé entre les
deux premiers paragraphes, ce texte est le texte
même de la loi de 1889.

114. C'est le 29 octobre 1888 que le projet revint en seconde délibération devant le Sénat¹.

1. Sénat, 29 octobre 1888. *J. off.*, p. 1390 et suivantes.

Dans l'intervalle qui avait séparé ces deux délibérations, la commission avait sans doute fini par reconnaître ce qu'il y avait d'illogique à exiger un acte authentique pour la renonciation contenue dans un acte distinct et à ne pas en exiger pour la renonciation contenue dans cet acte même; car, sans toutefois indiquer les raisons de ce changement d'attitude, elle se ralliait à l'amendement de M. Lebrun Renault.

« Comment, disait M. Trarieux¹, qui paraissait ex-
« poser sur ce point les idées nouvelles de la commis-
« sion, vous admettriez que la femme peut renoncer,
« si elle intervient à l'acte de vente par un acte sous
« seing privé, et vous exigeriez l'acte public quand
« cette renonciation serait donnée dans un acte
« séparé! Qui pourrait expliquer et justifier cette anti-
« nomie? Ne serait-ce pas de l'incohérence? Si l'acte
« sous seing privé suffit quand la femme intervient
« dans l'acte de vente, il faut que l'acte sous seing
« privé suffise aussi lorsqu'elle s'engage par acte
« distinct de la vente. Et, si à l'inverse vous recon-
« naissez la nécessité de l'acte authentique pour
« l'engagement distinct de la vente, il faut, par
« identité des motifs, l'acte authentique pour
« l'engagement accessoire de la vente. »

La question se trouvait ainsi ramenée sur son véritable terrain. M. Trarieux se montrait partisan

1. *J. off.*, p. 4394.

de l'acte authentique, tandis que M. Clément le combattait ¹. Finalement, le Sénat se rallia à l'avis de la commission, et adopta l'amendement de M. Léon Renault, qui fut intercalé entre les deux premiers paragraphes du projet ².

116. Le texte ainsi voté en seconde délibération était donc le texte définitif de la loi de 1889; nous l'avons déjà reproduit ³.

117. Les modifications que le projet avait subies exigeaient son retour devant la Chambre des députés. Il y fut porté le 10 novembre 1888, et la Chambre l'adopta sans discussion, dans les séances des 26 janvier et 5 février 1889 ⁴.

118. Votée ainsi par les deux Chambres, la loi fut promulguée à l'*Officiel* du 13 février 1889.

119. Il est facile de voir le manque de méthode à peu près complet qui avait régné dans tous ces travaux parlementaires. Frappé par certains des incon-

1. Mais M. Clément se bornait à demander le rejet de l'amendement Lebrun-Renault, de telle sorte que, si son opinion avait triomphé, la distinction primitivement proposée par la commission aurait été consacrée par le législateur. S'exprimant d'une manière assez obscure sur cette distinction, M. Clément paraissait tantôt la désapprouver et tantôt l'approuver (*J. off.*, p. 1395.) Les motifs invoqués par lui étaient toutefois généraux, et s'appliquaient aussi bien à la renonciation consentie dans l'acte d'aliénation qu'à la renonciation consentie par acte distinct.

2. Nous aurons à rechercher ce qu'il faut penser de l'acte authentique en abordant l'étude de cette formalité; nous examinerons alors les raisons données par M. Trarieux et celles données par M. Clément. (*Infra*, nos 135 et 186-198.)

3. *Supra*, n° 41.

4. Chambre des députés, 26 janvier et 5 février 1889, *J. off.*, p. 487 et 319.

vénients de l'article 9 de la loi de 1855, paraissant ignorer les autres, le législateur, et c'était là un premier tort, s'était placé dans une hypothèse spéciale et déterminée, dans celle de la renonciation consentie à l'acquéreur. Cette hypothèse même, il l'avait d'abord envisagée à un point de vue unique, au point de vue de la publicité ; puis, peu à peu, au fur et à mesure que le hasard attirait sur elles l'attention des membres du Parlement, des idées nouvelles, inspirées par une pensée tout autre que celle du projet primitif, étaient apparues et avaient fait, elles aussi, l'objet d'une réglementation législative, consacrées le plus souvent par des amendements successifs qui étaient venus s'ajouter les uns aux autres sans aucun ordre et sans aucun souci de la forme. La loi s'était ainsi trouvée considérablement élargie, mais sans aucun plan préconçu et sans aucune idée directrice : c'est là, en grande partie, la cause de la longueur exagérée, de l'obscurité, des nombreux vices de rédaction, et enfin des lacunes qu'elle présente.

120. Cette critique pourrait, hélas ! s'appliquer à beaucoup de nos lois modernes, et aurait dû provoquer depuis longtemps, à côté de l'initiative parlementaire, une réglementation sérieuse du droit d'amendement, et, à côté des discussions devant le Parlement, qui sont loin de présenter les garanties nécessaires relativement à la compétence des législateurs, « une « intervention nécessaire de la section de législation du Conseil d'État, chargée de mettre en

« harmonie les projets de loi et les amendements
« qui y sont apportés avec les lois existantes, et de
« leur donner une forme plus scientifique et par
« conséquent plus claire ¹ ».

1. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. iv, p. 94,
n^o 1797.

CHAPITRE II

CAS D'APPLICATION DE LA LOI DE 1889

121. Ainsi que nous l'avons déjà dit, la loi de 1889 ne concerne pas toutes les renonciations à l'hypothèque légale, mais seulement les renonciations consenties à l'acquéreur.

D'après son texte même, elle s'applique à « la renonciation par la femme à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque ».

Cette formule suppose la réunion des deux conditions suivantes :

1^o Une renonciation à l'hypothèque légale de la femme ;

2^o Une renonciation au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque.

Des difficultés, quelquefois assez sérieuses, peuvent se produire pour préciser la portée de chacune de ces conditions.

122. En premier lieu, il doit s'agir, disons-nous, d'une renonciation à l'hypothèque légale de la femme.

123. Il est certain que la loi de 1889 s'applique à la renonciation consentie par la femme elle-même au cours du mariage.

124. Mais la renonciation peut aussi être consentie après la dissolution du mariage, soit par la femme elle-même, en cas de divorce ou de décès du mari, soit par ses héritiers, en cas de décès de la femme ; elle peut aussi l'être, au cours même du mariage, par un tiers que la femme aurait subrogé préalablement dans son hypothèque légale : dans ces hypothèses, reste-t-elle encore régie par la loi de 1889 ?

Ces questions se rattachent évidemment à la même idée : les prescriptions de la loi de 1889 ont-elles un caractère personnel à la femme engagée dans les liens du mariage ? Ne visent-elles pas, au contraire, la renonciation elle-même, considérée indépendamment du créancier qui la consent ?

125. La même difficulté existe pour l'article 9 de la loi de 1855, et l'on s'attache alors ordinairement au second de ces points de vue ¹. Nous croyons qu'il doit en être de même de la loi de 1889.

126. Il existe cependant quelques raisons d'en douter, surtout lorsque la renonciation est consentie par les héritiers de la femme ou par un créancier subrogé dans son hypothèque.

Les termes de la loi peuvent paraître, en effet, viser une renonciation consentie par la femme elle-même : « Renonciation par la femme à son hypo-

1. Toulouse, 24 février 1892, rapporté Dall., *Supp. au Rép.*, *Des privilèges et hypothèques*, n° 533, note 1. — V. aussi DALLOZ, *op. cit.* vol., n° 573.

« thèque », dit le législateur, et non pas « renoncia-
« tion à l'hypothèque de la femme » : la différence
entre ces deux expressions est manifeste. Et plus
loin, à diverses reprises, le législateur revient sur la
même expression, supposant toujours une renoncia-
tion consentie par la femme : « La renonciation *par la*
« *femme* à son hypothèque légale ne pourra résulter
« que. » (§ 3). « *La femme* conserve
« son droit de préférence. » (§ 4). « Le
« concours ou le consentement donné *par la femme*
« » (§ 5).

De même, lors de la discussion de la loi au Par-
lement, les divers orateurs se sont toujours placés au
point de vue d'une renonciation émanant de la
femme.

Enfin, si l'on envisage en elles-mêmes les dispo-
sitions de la loi, elles semblent bien personnelles à
la femme et supposer que le mariage subsiste encore.

Pourquoi l'acte authentique est-il exigé? Pour-
quoi la renonciation tacite est-elle réglementée si
sévèrement? Parce que, redoutant pour la femme
l'influence intéressée du mari, le législateur a voulu
lui assurer les conseils d'un officier ministériel, et
attirer son attention sur la renonciation qu'elle con-
sent. Mais ces formalités ne se comprendraient plus
après la dissolution du mariage, ou lorsque la renon-
ciation n'émane pas de la femme elle-même.

Pourquoi la publicité de la renonciation résulte-
t-elle de la transcription de l'acte d'aliénation ou d'une

mention en marge de cette transcription, et non pas d'une simple radiation de l'inscription ? Parce que, durant le mariage, l'hypothèque légale est dispensée d'inscription, et que l'on ne saurait comprendre une inscription et une radiation immédiate de cette hypothèque. Mais, précisément, cette dispense d'inscription cesse après la dissolution du mariage ou, plus exactement, dans l'année qui suit cette dissolution ; elle cesse encore lorsque l'hypothèque est cédée à un tiers (art. 9, l. 1855) ; dès lors, dans ces hypothèses, la publicité de la loi de 1889 n'a plus sa raison d'être.

127. Ces arguments sont sérieux ; ils ne nous paraissent cependant pas décisifs.

128. D'abord, au point de vue du texte, les termes de la loi sont généraux : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale. »

Il est évident que cette formule comprend bien la renonciation consentie par la femme après la dissolution du mariage, et que ce serait en restreindre arbitrairement la portée que d'en subordonner l'application à cette condition que le mariage subsiste encore.

Reste donc la renonciation consentie par les héritiers de la femme ou par un tiers subrogé dans l'hypothèque légale. Mais, conformément au droit commun, ces héritiers ou ce tiers, substitués à la femme, ont exactement les mêmes droits et les mêmes obligations qu'elle ; la renonciation par eux consentie doit donc être assimilée à la renonciation consentie

par la femme, soumise aux mêmes formes et productive des mêmes effets. Un texte serait nécessaire pour écarter ces principes ; or, ce texte n'existe nullement. Sans doute, le législateur s'est servi de l'expression « renonciation par la femme » ; mais il ne faut pas oublier que, d'une manière générale, toutes les fois que le législateur parle d'une personne quelconque, il parle en même temps de ses représentants, sans qu'il soit besoin pour ceux-ci d'une mention spéciale ; la raison en est précisément que ces représentants sont substitués à elle. Au surplus, les termes de la loi de 1889 n'ont pas été pesés avec assez de soin, et ne sont pas assez précis pour que l'on puisse leur donner une interprétation aussi littérale et aussi subtile¹.

129. Et, quant aux travaux préparatoires, si les membres du Parlement se sont, dans la discussion de la loi, placés au point de vue d'une renonciation consentie par la femme, c'est encore parce que ce mot s'applique aussi bien à la femme elle-même qu'à ses ayants cause. C'est peut-être aussi parce que c'est là le « *id quod plerumque fit* », la renonciation émanant presque toujours en pratique de la femme elle-même. Mais rien ne permet de supposer que le législateur ait entendu faire une distinction quelconque entre la femme et ses ayants cause.

1. Nous verrons, en effet, que la rédaction de presque tous les paragraphes de la loi est fort défectueuse.

130. Enfin, en raison, cette interprétation se comprend parfaitement pour toutes les dispositions de la loi.

La loi de 1889 ne concerne pas seulement les formes de la renonciation, mais en détermine aussi les effets.

Or, pour ces effets, il ne peut y avoir aucune raison de distinguer selon que la renonciation est consentie avant ou après la dissolution du mariage, ou encore selon qu'elle est consentie par la femme ou par ses ayants cause.

Et, même pour les formes de la renonciation, cette distinction serait encore peu logique.

En premier lieu, si le législateur a exigé un acte authentique, et s'est montré fort rigoureux pour la renonciation tacite¹, ce n'est pas seulement pour protéger la femme contre l'abus d'autorité maritale ; c'est aussi pour assurer la bonne rédaction de l'acte, éviter ainsi des difficultés d'interprétation, et ne pas exposer à des méprises les tiers qui consultent le registre des transcriptions. Ce motif n'est en rien personnel à la femme, et ne suppose pas davantage que le mariage subsiste encore.

Et, quant à la publicité, il importe tout d'abord d'éviter une confusion. Si l'on écartait la loi de 1889, il en résulterait, non pas que cette publicité consisterait dans une radiation de l'inscription, mais bien

1. *Infra*, n° 156.

qu'elle n'existerait aucunement. En pratique, en effet, avec les hypothèques soumises à l'inscription, le propriétaire d'un immeuble hypothéqué au profit duquel une renonciation est consentie, fait toujours rayer l'inscription qui porte atteinte à son crédit; mais, en droit et en principe, la renonciation est valable et opposable aux tiers par elle-même, indépendamment de toute radiation ¹. Dès lors, comprendrait-on que le législateur de 1889 eût réglementé avec soin la publicité de la renonciation consentie par la femme, et affranchi de toute publicité la renonciation consentie par ses héritiers ou par un tiers subrogé dans ses droits.

Il faut même aller plus loin et dire que, même dans ces hypothèses, le législateur, qui aurait pu s'attacher à une publicité consistant dans la radiation de l'inscription, a eu raison de ne pas le faire.

S'il s'agit, en effet, d'une renonciation consentie, au cours du mariage, par un tiers subrogé dans l'hypothèque légale, il importe peu que l'hypothèque soit alors soumise à l'inscription. Le seul fait que la renonciation est relative à l'hypothèque légale, et que cette hypothèque est occulte entre les mains de la femme, suffit pour justifier le système de publicité de la loi de 1889, et rendre insuffisante une simple

1. Il en est de même de la cession ou renonciation translatrice. — TROPLONG, *de la Transcription*, n° 344. — FLANDIN, *de la Transcription*, II, n° 1156-1157 et 1174. — AUBRY et RAU, III, § 288, texte et note 44, p. 460. — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 10-11, n° 4701. — Toulouse, 21 juin 1887, *Dall.*, 88, II, 77. — Voir toutefois DUCRET, *de la Transcription*, n° 41.

radiation. Dix ans après l'inscription, en effet, les tiers ne verraient plus aucune trace ni de la radiation ni de l'inscription ; ils en concluraient donc que l'hypothèque a été conservée par la femme, et cependant, ils seraient trompés s'ils traitaient avec elle ¹.

C'est seulement lorsque la renonciation est consentie après l'année qui suit la dissolution du mariage, aussi bien par la femme que par ses héritiers ou par un tiers subrogé dans ses droits, que la radiation de l'inscription pourrait constituer une publicité efficace ; car alors l'hypothèque légale cesse d'être dispensée d'inscription, même lorsqu'elle est conservée par la femme. Il aurait cependant été très dangereux d'établir, en dehors du droit commun, une publicité spéciale pour cette hypothèse à peu près inconnue de la pratique, et d'autant plus rare que normalement, à cette époque, l'hypothèque légale n'existe plus, les reprises de la femme ayant déjà été payées. A chercher ainsi à prévoir toutes ces questions de détail, on s'expose fatalement à faire des lois longues, obscures et d'une application fort difficile ².

131. Aussi doit-on écarter toutes ces distinctions, et décider que la loi de 1889 est applicable dans tous ces cas.

1. C'est précisément cette raison qui est, même lorsque la renonciation est consentie par la femme au cours du mariage, la cause du système de publicité établi par la loi de 1889. (*Infra*, n° 242-250.)

2. Cette critique ne peut déjà que trop s'appliquer à la loi de 1889.

132. La seconde condition à laquelle est encore subordonnée l'application de cette loi, c'est que la renonciation soit consentie au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de l'hypothèque légale.

133. Ces immeubles, ce sont ceux qui appartiennent en propre au mari, et ceux qui sont tombés en communauté ¹. Ce sont aussi ceux qui restent, non pas communs, mais indivis entre les époux, l'hypothèque légale grevant alors la part indivise qui est la propriété du mari, et qui constitue pour lui un bien propre ². L'expression « immeubles grevés de cette « hypothèque », dont s'est servi le législateur de 1889, est en effet générale, et s'applique aux uns comme aux autres.

134. Mais que faut-il entendre par ces mots : « acquéreur d'immeubles » ?

La question est plus complexe qu'elle ne le paraît au premier abord.

135. Presque toujours, aussi bien dans les travaux préparatoires que dans le texte de la loi, le législateur de 1889 s'est placé au point de vue d'une vente : « En l'absence de stipulation expresse, la renonciation par la femme à son hypothèque légale

1. On sait que la question de savoir si l'hypothèque légale greève les immeubles communs est assez controversée dans la doctrine. La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens de l'affirmative.

La rédaction proposée par les notaires en 1880 s'exprimait formellement à ce sujet : « L'aliénation d'un immeuble propre ou conquis de communauté », y lisait-on.

2. Pour ces immeubles indivis, comp. *infra*, n° 291, note.

« ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule, soit comme *covendesse.....* » (§ 3). » Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur *le prix ou la partie du prix.....* » (§ 4). « Le concours ou le consentement donné par la femme soit à un acte d'aliénation contenant quittance totale ou partielle *du prix*, soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle..... ».

136. Il est cependant certain que la loi de 1889 comprend toutes les acquisitions d'immeubles, au moins toutes celles qui sont sujettes à transcription, c'est-à-dire les acquisitions entre vifs : vente, échange, donation, dation en paiement, apport en société, transaction¹. Seuls, les deux derniers paragraphes de la loi, relatifs au droit de préférence sur le prix de l'immeuble, ne peuvent évidemment pas s'appliquer aux contrats autres que la vente, dans lesquels il n'y a pas de prix².

Les termes du paragraphe 1^{er} « renonciation..... au profit de l'acquéreur d'immeubles » sont en effet assez généraux pour exclure toute distinction ; or ce sont eux qui sont destinés à déterminer le champ d'application de la loi nouvelle.

1. Remarquons toutefois que, pour la transaction, la renonciation à l'hypothèque de la femme n'est utile que lorsque la transaction présente un caractère translatif, et non pas déclaratif ; c'est ce qui arrive lorsqu'elle porte sur un immeuble étranger à la contestation, que l'une des parties consent à céder à l'autre.

2. Comp. *infra*, n^o 423.

Cette solution résulte d'ailleurs nettement des travaux préparatoires. Les pétitions des notaires, qui ont été l'origine de la loi de 1889, mettaient sur la même ligne l'acquéreur par suite de vente, le donataire ou l'échangiste. « Est-il équitable, y lisait-on, « que la femme qui se sera engagée à ne point nuire à « l'acquéreur, au donataire ou à l'échangiste, puisse « légalement, au moyen d'une cession ultérieure de « son hypothèque légale, violer son engagement ¹ ? » De même, le projet déposé à la Chambre des députés à la suite du rapport Bernier s'exprimait formellement à ce sujet: « La renonciation... au profit de l'acqué-
« reur d'un immeuble aliéné par le mari, à *quelque*
« *titre que ce soit* » ² ; or ces mots « à quelque titre que ce soit » n'ont disparu de la loi que parce qu'ils ont été jugés inutiles ³.

137. Mais, s'il s'agit d'une aliénation à cause de mort, non soumise à transcription, ou encore d'une acquisition, non pas de la propriété de l'immeuble, mais seulement d'un droit réel sur l'immeuble, la loi de 1889 est-elle encore applicable ?

La question est assez délicate.

1. DUFRESNOIS, *Répertoire général pratique du notariat*, 1889, p. 287.

2. Rapport Bernier, 14 octobre 1884.

3. Tous les auteurs admettent cette application de la loi de 1889 aux contrats autres que la vente. DE LAGREVÔL, *Commentaire de la loi du 13 février 1889*, p. 67.— MM. WAHL et GUILLOUARD admettent implicitement la même solution: WAHL, *Des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur*, p. 52-55, n^{os} 54-58 ; — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 116-119, n^{os} 1820 III et 1820 IV.

138. L'acquéreur à cause de mort peut avoir intérêt à obtenir de la femme une renonciation à son hypothèque légale. C'est ainsi, par exemple, que la renonciation peut être consentie, soit au profit du légataire d'immeubles grevés de cette hypothèque, soit encore au profit de celui des héritiers du mari qui reçoit dans sa part l'un de ces immeubles.

139. Nous croyons que ces aliénations ne pouvant être transcrites, la renonciation échappe ici complètement à la loi de 1889¹.

Le texte de la loi ne vise, en effet, que les aliénations qui peuvent et doivent être transcrites : « La renonciation par la femme..... en emporte l'extinction et vaut purge, à partir soit de la *transcription* de l'acte d'aliénation..... soit de la *mention faite en marge de la transcription* de l'acte d'aliénation. »

Et ceci s'explique assez bien par l'histoire. Les promoteurs de la loi de 1889 s'étaient proposés uniquement d'assurer la publicité de la renonciation consentie à l'acquéreur, afin d'éviter la purge. Ils voulaient utiliser à cet effet la transcription même de l'acte d'aliénation ; dans leur pensée, la loi était donc destinée à s'appliquer uniquement aux aliénations consenties à l'acquéreur et aux aliénations sujettes à transcription. Plus tard, au cours des discussions

1. Nous nous occupons, bien entendu, de la renonciation consentie à l'acquéreur à cause de mort lui-même. Mais, si cet acquéreur venait à aliéner l'immeuble, il n'y aurait plus aucune raison pour ne pas appliquer la loi de 1889 à la renonciation consentie au sous-acquéreur, cette aliénation étant sujette à transcription.

devant le Parlement, la portée de la loi se trouva singulièrement élargie; mais le cadre en demeura toujours le même: de même que la loi resta spéciale à la renonciation consentie à l'acquéreur, de même et pour la même raison, elle resta spéciale aux aliénations sujettes à transcription ¹ et ².

1. *Supra*, nos 69-71.

2. Pour la plupart des dispositions de la loi de 1889, la question de l'application ou de la non-application de la loi aux acquisitions à cause de mort ne soulève, d'ailleurs, guère de difficultés.

C'est ainsi que les deux derniers paragraphes concernant le droit de préférence sur le prix sont évidemment inapplicables, pour la raison bien simple qu'il n'y a pas de prix.

De même il est certain que la publicité de la renonciation ne peut résulter de la transcription de l'acte d'aliénation ou d'une mention en marge de cette transcription, puisque l'aliénation n'a pas à être transcrite. S'inspirant de la pensée des promoteurs de la loi, le législateur de 1889 s'est, en effet, proposé d'utiliser la transcription de l'acte d'aliénation comme moyen de publicité pour la renonciation, mais uniquement dans les cas où cette transcription était exigée. Jamais il n'a songé — car la loi aurait alors dépassé de beaucoup la portée qu'il entendait lui donner — à permettre ou à exiger cette transcription dans les cas où elle ne l'était pas auparavant: comment, d'ailleurs, avec la transcription telle qu'elle est organisée chez nous, transcrire un titre d'héritier?

Reste donc les dispositions relatives à l'acte authentique et à la renonciation tacite.

Pour l'acte authentique, la question présente assez peu d'intérêt: si on écarte la loi de 1889, il faut, en effet, reconnaître que cette renonciation reste régie par la loi de 1855 (art. 9), qui, d'après la jurisprudence, exige aussi l'acte authentique même pour la renonciation extinctive. Toutefois, la loi de 1855 soulève à ce sujet de nombreuses controverses, qui n'existeraient pas avec la loi de 1889. Comp. *supra*, nos 48-57, et *infra*, n° 174.

C'est donc uniquement pour la réglementation de la renonciation tacite que la question présente un intérêt pratique important, et là, elle est plus délicate. Nous croyons qu'il faut encore écarter la loi de 1889 pour les raisons que nous avons exposées ci-dessus. D'ailleurs, cette réglementation se lie aussi dans une certaine mesure à la transcription; si le législateur l'a établie, c'est en partie pour ne pas exposer à des

139 bis. Et, de même que nous écartons la loi de 1889 pour la renonciation consentie à l'acquéreur à cause de mort, nous l'écartons aussi pour celle qui est consentie au profit de l'acquéreur d'un droit réel sur l'immeuble.

140. Les tiers qui acquièrent sur l'immeuble grevé de l'hypothèque légale un droit d'usufruit, d'usage, d'habitation, d'emphytéose, de servitude, sont évidemment intéressés à obtenir une renonciation à cette hypothèque qui permettrait à la femme de faire exproprier l'immeuble sans tenir compte de leur droit. Il en serait encore de même, bien qu'il n'ait aucun droit réel, du locataire dont le bail excède 18 ans : sans la renonciation en effet, il ne pourrait, en cas d'expropriation poursuivie par la femme, opposer son droit à l'adjudicataire que pour une durée de 18 ans (art. 3 loi 1855). Enfin, le créancier qui reçoit une hypothèque sur l'immeuble a aussi intérêt à écarter l'hypothèque légale qui primerait la sienne.

141. Dans tous ces cas, il nous semble impossible d'appliquer la loi de 1889 ¹.

D'après son texte même en effet, cette loi s'appli-

méprises les tiers qui ne connaissent la renonciation que par la transcription, c'est-à-dire par la copie intégrale de l'acte d'aliénation ; cette raison disparaît dès que la transcription n'existe plus.

1. *Contra*, DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 70 et s.

Remarquons, d'ailleurs, que l'acquéreur d'une servitude, d'un droit d'usage ou d'habitation, et le locataire de plus de 18 ans ont à la renonciation un intérêt d'autant plus grand que, la purge leur étant interdite, cette renonciation est le seul moyen qu'ils aient de faire tomber l'hypothèque légale.

que à « la renonciation..... au profit de l'acquéreur « d'immeubles. » Or, chez nous, cette expression « acquéreur d'immeubles » a un sens traditionnel lui venant déjà de l'ancien droit romain, et désigne l'acquéreur de la propriété de l'immeuble, et non pas l'acquéreur d'un simple droit réel. Cette signification est devenue si usuelle que personne ne songerait aujourd'hui à qualifier, par exemple, l'usufruitier ou le locataire du titre « d'acquéreur de « l'immeuble ».

Pour les droits d'usage, d'habitation et d'hypothèque, il y a d'ailleurs une raison de plus : c'est que les actes qui les constatent n'ont pas à être transcrits¹.

Enfin, pour ce qui concerne spécialement l'hypothèque, il a été maintes fois stipulé dans les travaux préparatoires que loi nouvelle, ne s'appliquant qu'à la renonciation consentie à l'acquéreur, laissait complètement de côté la renonciation consentie aux créanciers hypothécaires soit du mari, soit de la femme, pour laquelle la loi de 1855 restait seule applicable.

143. Il y a toutefois un droit réel qui nous semble rentrer dans la loi de 1889 ; c'est la nue propriété² :

1. *Supra*, n° 139.

2. Certaines difficultés peuvent exister pour déterminer la portée de cette renonciation consentie à l'acquéreur de la nue propriété.

Tant que dure l'usufruit conservé par le mari, la femme renonçante est dans une situation assez simple : elle peut faire valoir son hypothèque sur cet usufruit, mais sur lui seul.

Mais qu'advient-il à la mort du mari, quand l'usufruit fait retour à la nue propriété ?

Pour M. de Lagrevol, l'hypothèque n'est pas éteinte, mais elle est

l'acquéreur de nue propriété est bien acquéreur de l'immeuble, puisqu'il est destiné à en devenir propriétaire.

144. Nous arrivons donc ainsi à cette conclusion que, si la loi de 1889 s'applique à toutes les renonciations à l'hypothèque légale de la femme, consenties au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypothèque, elle suppose, d'une part, une acquisition de nature à être transcrite, de l'autre une acquisition portant sur la propriété même de l'immeuble.

145. La première de ces deux conditions tient au cadre restreint de la loi elle-même¹. Elle se comprenait facilement dans la pensée des promoteurs de la loi, alors que l'on entendait uniquement organiser la publicité des renonciations consenties à l'acquéreur². Mais elle n'a plus sa raison d'être avec la loi

« reportée sur le droit de jouissance qui a fait retour à la nue propriété » ; et, en effet, dit-il, « il peut fort bien se faire que la femme, tout en renonçant à son hypothèque sur la nue propriété, ait entendu se la réserver entièrement sur l'usufruit ; tout ce qui touche à cette matière des renonciations est de droit étroit, et l'on ne saurait interpréter contre la femme une clause obscure du contrat. » — DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 71-72.

Nous ne nous expliquons pas très bien ce qu'est ce droit de jouissance dont parle M. de Lagrevol : ce ne peut être l'usufruit du mari, puisqu'il est éteint ; ce sera donc un autre usufruit, mais lequel ? et quand prendra-t-il fin ? Sera-t-il perpétuel ? Cela concorderait peu avec le caractère de l'usufruit ; mais alors quel terme lui assigner ? autant de questions qui restent sans réponse.

En réalité, la solution est beaucoup plus simple : par suite de la renonciation consentie au nu propriétaire, l'hypothèque ne porte plus que sur l'usufruit conservé par le mari ; dès que cet usufruit est éteint, l'hypothèque tombe *ipso facto* comme n'ayant plus d'objet.

1. Cette spécialité nous paraît d'ailleurs très critiquable. (*Supra*, n° 71, et *infra*, n° 542.)

2. *Supra*, n° 139.

actuelle pour toutes les dispositions étrangères à la publicité : sa subsistance est une conséquence de ce défaut de méthode qui a régné dans toute la confection de la loi ¹.

146. Quant à la seconde, elle ne peut s'expliquer que par un oubli du législateur dont l'attention n'a pas été attirée sur la renonciation consentie à l'acquéreur de droits réels ; il n'y a en effet aucun motif, aussi bien en logique qu'en pratique, pour écarter dans ce cas l'application de la loi de 1889 ². Seule, en raison des règles spéciales qui régissent l'hypothèque, la renonciation consentie à un créancier hypothécaire aurait dû rester en dehors de cette loi ³.

1. *Supra*, n° 119.

2. Il y a là encore une conséquence de ce défaut de méthode et de ce manque d'idée directrice que nous avons déjà reprochés au législateur de 1889.

3. Quant à ces renonciations qui restent ainsi en dehors de la loi de 1889, nous n'avons pas à nous en occuper ici ; elles demeurent soumises uniquement à la législation du Code civil et de la loi de 1855, que nous avons déjà eu à exposer.

Rappelons cependant les solutions qui nous paraissent devoir être admises à ce sujet. Les renonciations translatives sont soumises par la loi de 1855 à la double formalité de l'acte authentique et de l'inscription ; c'est là un principe constant. Au contraire, la législation applicable aux renonciations extinctives reste assez incise. Nous croyons que ces renonciations échappent complètement à la loi de 1855, et que, par suite, elles sont complètement libres, comme sous le Code civil ; mais la jurisprudence fait une distinction : elle les astreint à la formalité de l'authenticité, conformément à l'art. 9 de la loi de 1855, mais elle les dispense de l'inscription, au moins lorsqu'elles sont contenues dans un acte transcrit.

Supra, n°s 42 et suiv.

CHAPITRE III

FORMES DE LA RENONCIATION.

146. La renonciation à l'hypothèque légale — nous avons déjà eu à le montrer¹, et c'est là la raison des formalités établies par la loi de 1889 — est toujours un acte dangereux pour la femme, pour la famille et pour les tiers.

C'est en effet la sauvegarde de sa fortune que la femme abandonne ainsi ; c'est peut être sa ruine et celle de sa famille qu'elle consomme, et cependant, il est bien à craindre qu'elle ne se rende pas un compte exact de la portée de l'acte qu'elle accomplit. L'hypothèque n'est qu'un droit accessoire destiné à produire son effet à longue échéance, dont elle n'aura à user que si les affaires du mari tournent mal : en y renonçant ne croira-t-elle pas bien souvent remplir une simple formalité, et renoncer à un droit qu'elle n'aurait jamais à exercer ? Et spécialement, lorsque la renonciation est consentie au profit d'un créancier du mari ou de l'acquéreur d'un immeuble de celui-ci, loin de trouver, comme en droit commun, une protection dans la nécessité de l'autori-

1. *Supra*, nos 33-41.

sation maritale, ne verra-t-elle pas cette intervention du mari se retourner contre elle? Le mari est précisément le principal intéressé à la renonciation ; non seulement il l'autorisera trop facilement, mais il sera peut-être le premier à la demander et à abuser, pour l'obtenir, de l'autorité qu'il peut avoir sur sa femme.

Et, quant aux tiers, ils ont un intérêt évident à connaître la renonciation dans le cas où la femme voudrait leur céder cette hypothèque qu'elle a déjà éteinte. Or, la renonciation est toujours un acte délicat et complexe, dont la rédaction est fort difficile ; il importe donc, en la portant à leur connaissance, de leur permettre de la reconnaître avec certitude, et de ne pas les exposer soit à se méprendre sur les termes qui la constatent, soit à ne pas en comprendre la portée exacte, soit même à ne pas l'apercevoir au milieu des clauses nombreuses et peut-être peu claires d'un acte de vente ¹.

147. Ces considérations, qui ne sont pas spéciales à la renonciation consentie à l'acquéreur, avaient déjà été mises en lumière lors de la grande enquête de 1841 ; mais le législateur de 1855 ne s'était préoccupé que de la dernière.

Le législateur de 1889 s'est attaché aux unes comme aux autres ² ; mais, sans s'arrêter aux solu-

1. Nous nous bornons ici à exposer les raisons des formalités établies par la loi de 1889 ; nous aurons plus tard à en apprécier le mérite. (*Infra*, nos 297-299.)

2. Il en résulte que la réglementation de la renonciation consentie

tions extrêmes proposées en 1841 par certaines Facultés et certaines Cours d'appel¹, il n'a cherché à sauvegarder les intérêts de la femme et des tiers que par la réglementation des formes de la renonciation². Le système adopté par lui peut se résumer dans les trois propositions suivantes :

1° La renonciation doit être passée par acte authentique.

2° Elle doit être expresse³ ou, si elle est tacite, elle ne peut résulter que d'un engagement dans lequel la femme se porte « covenderesse, garante ou caution « du mari. »

Ces deux prescriptions sont édictées dans l'intérêt commun de la femme et des tiers. D'une part, elles protègent la femme en lui permettant de recevoir les conseils d'un officier ministériel compétent, et en attirant, par une formule précise, son attention sur l'engagement qu'elle contracte. D'autre part, elles assurent la clarté et la bonne rédaction de l'acte, et

à l'acquéreur est sensiblement plus sévère que celle des autres renonciations. Il y a là une anomalie tenant au cadre trop restreint de la loi de 1889. — Comp. *supra*, n° 71.

1. *Supra*, nos 40-41. C'étaient, par exemple, la nécessité d'une autorisation de justice ou d'un avis de la famille (Faculté de droit de Paris), ou encore la détermination législative des effets de la renonciation, et l'impossibilité, pour les parties, de les modifier (Faculté de droit de Rennes). Le législateur de 1889 a eu raison d'écarter ces solutions radicales.

2. Rappelons toutefois que le législateur de 1889 a aussi déterminé les effets de la renonciation, mais sans les imposer aux parties, et en se bornant à établir des présomptions applicables en cas de silence de leur part. (*Infra*, chapitre iv.)

empêchent les tiers d'être trompés par une renonciation insuffisamment manifestée.

3° La renonciation n'est opposable aux tiers qu'à partir de la transcription de l'acte d'aliénation, si elle est contenue dans cet acte, ou qu'à partir de sa mention en marge de la transcription de l'acte d'aliénation, si elle est contenue dans un acte distinct.

Cette dernière formalité est exigée uniquement dans l'intérêt des tiers, qui peuvent ainsi connaître la renonciation en consultant le registre des transcriptions.

148. Il y a donc là trois conditions de formes imposées par la loi : la première et la dernière constituent des formalités extrinsèques de l'acte ; la seconde, une formalité intrinsèque.

148 bis. Pour suivre, autant que possible, l'ordre adopté par le législateur lui-même, nous étudierons successivement :

- 1° La nécessité d'un acte authentique,
- 2° La publicité de la renonciation,
- 3° Les conditions de la renonciation tacite.

149. Mais, auparavant, nous devons rechercher quelle est la nature de cette renonciation : est-ce une convention nécessitant le concours de volonté de la femme et de l'acquéreur, ou un acte unilatéral parfait par le seul consentement de la femme, et indépendamment de toute acceptation de l'acquéreur ?

150. C'est là une question qui n'est pas spéciale à la renonciation à l'hypothèque légale, mais qui se pose pour toute renonciation à une hypothèque.

Aussi devons nous commencer par exposer les principes généralement admis sur ce point. Une jurisprudence aujourd'hui définitivement établie et acceptée par la presque unanimité des auteurs fait la distinction suivante :

Si la renonciation a simplement pour effet d'éteindre l'hypothèque, elle constitue, de la part du créancier renonçant, un acte unilatéral.

Si elle a pour effet de transférer au débiteur le droit hypothécaire du créancier (ou, en d'autres termes, s'il s'agit d'une renonciation translatrice), elle constitue entre eux une convention.

Cette doctrine est fort nettement exposée par un arrêt de la Cour d'Orléans :

« ... Dès l'instant où elle (la renonciation) était
« régulièrement consentie, elle était devenue envers
« les tiers irrévocable, et ne pouvait plus être cri-
« tiquée que pour une des causes qui vicient le
« consentement; qu'en effet les actes unilatéraux ne
« doivent pas être confondus, au point de vue de
« la révocation, avec les conventions qui, se for-
« mant avec le consentement de deux ou de plu-
« sieurs parties, ne peuvent être retractées que par
« une acceptation ou un consentement de leur part ;
« que les actes unilatéraux de renonciation qui
« n'emportent pas transmission d'un droit, ne néces-
« sitent pas le consentement des tiers qui en béné-
« ficient ; que la mainlevée d'une inscription, avec
« désistement de tout droit d'hypothèque, est un acte

« unilatéral, emportant renonciation à un droit réel,
« qui n'exige que la manifestation de volonté de celui
« dont elle émane ; qu'elle ne constitue pas une sti-
« pulation pour autrui, et que l'article 1121 du Code
« civil ne lui est pas applicable ; que, dès l'instant où
« cette renonciation est faite, elle devient irrévo-
« cable, et profite immédiatement aux créanciers
« hypothécaires et chirographaires du débiteur, indé-
« pendamment de toute acceptation de leur part ¹. »

150 *bis*. Et cette distinction se justifie assez faci-
lement.

La renonciation translatrice, en effet, n'a vraiment,
au point de vue juridique, que le nom de renoncia-
tion ; en réalité elle est une cession, et, comme toute
cession, elle doit exiger le concours de volonté du cé-
dant et du cessionnaire.

La renonciation extinctive au contraire est véri-
tablement une renonciation ; comme toute renoncia-
tion à un droit réel, elle doit donc constituer un acte
unilatéral ; il en est ainsi de la renonciation à un
usufruit, à une succession ; pourquoi en serait-il au-

1. Orléans, 8 août 1889, et Cass., 21 octobre 1891 (S., 95, 1, 447).

En ce sens : Cass., 4 janvier 1831 (S., 31, 1, 126) ; — Cass., 19 novem-
bre 1855 (S., 56, 1, 145, et Dall., 56, 1, 175) ; — Nîmes, 5 août 1862
(S., 62, 2, 402, et Dall., 62, 1, 344) ; — Orléans, 29 novembre 1889 (S.,
91, 2, 35, et Dall., 92, 2, 153).

Et dans la doctrine : AUBRY et RAU, III, p. 490, 491, § 292, texte
et note 19 ; — PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, n° 1232 ; —
GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, IV, p. 210, n°s 1905
et 1906. — Comp. BAUDRY-LACANTINIERE et DE LOYNES, *Du nantissement*,
Des privilèges et hypothèques, III, n° 2259.

trement de la renonciation à une hypothèque ? Cette solution trouve d'ailleurs un appui dans l'article 2180 du Code civil, qui, en déclarant que les hypothèques s'éteignent par la renonciation, n'exige nullement une acceptation de ceux qui en bénéficient. Le mot « renoncer », qui signifie « abandonner quelque chose », indique même en soi un acte unilatéral. Et, en raison, n'est-il pas logique de dire que l'acceptation de ceux qui ne peuvent que profiter de la renonciation est vraisemblable et doit être présumée ?

151. Ces principes paraissent conduire et ont effectivement conduit la plupart des auteurs ¹ à considérer la renonciation consentie à l'acquéreur comme un acte unilatéral, cette renonciation étant toujours extinctive ².

152. Nous n'aurions pas hésité à nous rallier à cette solution avant 1889 ; mais nous croyons que le législateur nouveau, en raison des effets qu'il attribue à la renonciation, l'a implicitement modifiée ³. Sans

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 100-101, n° 1803. — *Contra*, WAHL, *loc cit.*, p. 81-87, n°s 76 et 76 *bis*. Les raisons données par M. Wahl pourraient d'ailleurs s'appliquer à toute renonciation à un droit réel, même à un droit autre que l'hypothèque.

2. Il est vrai que la femme peut aussi subroger l'acquéreur dans son droit de préférence. Cette subrogation constitue incontestablement un contrat nécessitant le consentement de l'acquéreur ; mais il ne faut pas la confondre avec la renonciation à l'hypothèque elle-même. (V. *Supra*, Introduction, n° 10).

3. Il nous sera plus facile de faire comprendre la raison de cette modification lorsque nous aurons examiné les effets de la renonciation. (V. notamment *infra*, n°s 306-309 et 511. Nous devons cependant les indiquer dès maintenant.

doute, de même qu'avant 1889, la renonciation éteint toujours le droit de suite attaché à l'hypothèque, et laisse subsister le droit de préférence ; mais, contrairement à l'opinion généralement admise à cette époque, ce droit de préférence, le législateur le considère comme un droit de créance appartenant personnellement à la femme à l'encontre de l'acquéreur, de telle sorte que la renonciation a en réalité pour effet de transformer l'hypothèque en un droit de créance. C'est ainsi qu'après la renonciation, comme d'ailleurs après la purge, la femme a un droit de gage général portant sur l'ensemble du patrimoine de l'acquéreur, même sur les biens autres que l'immeuble aliéné ; qu'elle peut exercer ce droit de son chef, alors même que le prix a déjà été payé au mari sans son consentement, et que, de son côté, l'acquéreur ne peut plus se libérer vis-à-vis d'elle par un délaissement de l'immeuble. Ces conséquences nous paraissent rendre indispensable l'acceptation de l'acquéreur.

153. Mais les motifs par lesquels nous justifions cette solution doivent aussi en limiter la portée. La femme est toujours libre d'attribuer à la renonciation par elle consentie des effets autres que ceux prévus par le législateur. Elle peut donc renoncer à son hypothèque, sans se réserver ce droit de créance ; il en serait ainsi, par exemple, si elle renonçait à la fois au droit de suite et au droit de préférence, ou encore si, conservant ce droit de préférence, mais revenant à la conception que l'on se faisait ordinairement de lui

avant 1889, elle se réservait uniquement la faculté de l'exercer sur le prix de l'immeuble, encore dû par l'acquéreur au mari. Il n'y aurait plus alors aucune raison pour ne pas considérer la renonciation comme un acte unilatéral.

SECTION PREMIÈRE

Nécessité d'un acte authentique

154. Nous avons vu quelles difficultés existaient sur ce point avant 1889, et combien la doctrine et la jurisprudence étaient divisées¹.

155. Le législateur de 1889 avait donc à trancher législativement le débat.

Lui aussi a longtemps hésité; à chaque délibération devant le Sénat, on le voit revenir sur cette question et la discuter longuement. Et, chose singulière, adversaires et partisans de l'authenticité invoquaient alors à l'envi, et non sans quelque raison, les principes du droit commun.

D'après les premiers, le droit commun, c'était que la femme pouvait aliéner ses biens et s'obliger par acte sous seing comme par acte authentique. « Com-
« ment, écrivait M. Merlin dans son rapport au Sénat,
« n'admettrait-on pas la femme à renoncer à son hypo-

1. *Supra*, nos 43 et suivants. La jurisprudence paraissait exiger l'acte authentique, au moins à partir de l'arrêt de 1880. (*Supra*, n° 60.)

« hypothèque légale par acte sous seing privé, alors qu'on
« ne lui interdit pas de vendre dans cette forme un de
« ses immeubles? La femme peut s'obliger de cent ma-
« nières différentes sans que ses engagements soient
« soumis à la forme authentique: pourquoi faire excep-
« tion pour le cas de renonciation abdica'tive ou extinc-
« tive à son hypothèque légale ¹ ? » Bien plus, ajoutait
M. Clément, « est-ce qu'une femme mariée, en cas de
« purge de son hypothèque légale, est obligée d'aller
« se présenter devant un notaire..... pour que son
« droit hypothécaire tombe? Non seulement on
« n'exige pas que la femme donne son consentement
« à l'aliénation par acte solennel, mais son silence
« suffit : si elle ne dit rien, son droit est perdu ² »

D'après les seconds, au contraire, l'application
des principes du droit commun conduisait à exiger
l'acte authentique.

« Si vous recherchez, disait M. Fallières ³, sur
« quels principes repose notre système hypothécaire,
« vous voyez que l'on ne peut toucher à l'hypothèque
« que par acte authentique. S'agit-il de l'établir, il faut
« un acte authentique; s'agit-il de la supprimer par
« radiation, il faut un acte authentique. On peut dire
« que l'acte authentique est de l'essence de notre ré-
« gime hypothécaire. » La loi de 1855 a suivi ces prin-
cipes en exigeant un acte authentique pour la renon-

1. Rapport Merlin, *J. off.*, 7 avril 1838, annexe du Sénat, n° 37, p. 9.

2. Sénat. 29 octobre 1838, *Journal officiel*, p. 4394.

3. Sénat, 6 février 1888, *Journal officiel*, p. 114.

ciation consentie à un tiers autre que l'acquéreur : ne doit-il pas en être de même de la renonciation consentie à l'acquéreur ?

156. C'est à cette dernière opinion que le législateur finit par se rallier ; et, si les raisons juridiques qui l'y ont déterminé restent assez obscures, il n'en est pas de même des raisons pratiques, qui sont clairement exposées par M. Trarieux.

« Croyez-vous, disait M. Trarieux¹, que, si le mari
« peut autoriser sa femme à un acte simplement sous
« seing privé, celle-ci ne sera pas trop exposée à subir
« l'influence maritale et la pression des circonstances ?
« Ne pourra-t-il pas même arriver que le mari obtiendra
« la signature sans l'éclairer sur l'objet même du con-
« trat auquel son consentement sera demandé, et
« qu'il fera taire ses craintes en lui disant qu'il s'agit
« d'une formalité sans importance ? Mais, si vous
« exigez l'acte public, ne devez-vous pas avoir l'espé-
« rance qu'une fois chez le notaire, l'officier minis-
« tériel appellera l'attention de la femme sur les con-
« séquences de l'engagement qui lui sera demandé,
« et qu'il y aura là pour elle une garantie très pré-
« cieuse de ses intérêts ? »

Et plus loin, envisageant aussi l'intérêt des tiers, M. Trarieux ajoute : il importe « d'avoir la certitude,
« soit au point de vue des parties intéressées elles-
« mêmes, soit au point de vue des tiers, que des

1. Sénat, 20 octobre 1888, *Journal officiel*, p. 4393.

« conventions sur la portée desquelles des méprises
« peuvent facilement se produire, ne soient exposées
« à aucune erreur, à aucune surprise. »

C'est donc bien à la fois dans l'intérêt de la femme et dans celui des tiers que l'authenticité est exigée.

157. Les paragraphes 1 et 2 de la loi de 1889, qui consacrent cette solution, sont ainsi conçus :

§ 1^{er} : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale..... en emporte l'extinction et vaut
« purge, à partir soit de la transcription de l'acte
« d'aliénation, si la renonciation y est contenue, soit
« de la mention faite en marge de la transcription de
« l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consentie
« par acte authentique distinct. »

§ 2^e : « Dans tous les cas, cette renonciation n'est
« valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle
« est contenue dans un acte authentique. »

158. Cette rédaction est fort défectueuse. Le premier paragraphe semble exiger l'authenticité uniquement dans le cas où la renonciation est contenue dans un acte distinct de l'acte d'aliénation. Le second l'exige dans « tous les cas », c'est-à-dire même si elle est contenue dans cet acte.

Ce vice de rédaction s'explique, sans se justifier, par l'histoire de la discussion de la loi.

Jusqu'à l'adoption de la loi en seconde délibération par le Sénat, les divers projets successivement votés exigeaient un acte authentique seule-

ment dans le cas où la renonciation était consentie par acte distinct ; le premier paragraphe était donc rédigé conformément à cette règle.

Ce n'est que lors de la seconde délibération, sur les observations de M. Trarieux, que le Sénat supprima cette distinction irrationnelle. Il adopta alors un amendement de M. Léon Renault, qui est devenu le second paragraphe de la loi ; mais il oublia de modifier en conséquence le premier paragraphe. L'adoption d'amendements ainsi rédigés et proposés à la dernière heure expose souvent à de semblables méprises.

159. Pour étudier cette question de l'acte authentique, nous aurons trois points à examiner :

1° Quelle est la portée de la règle exigeant l'acte authentique ?

2° Quelle est sa sanction ?

3° Que faut-il en penser ?

160. 1° Que faut-il entendre ici par acte authentique ?

161. Aux termes de l'article 1317 du Code civil, l'acte authentique est « celui qui est reçu par les officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises ».

Il peut émaner soit d'un notaire, soit de tout autre officier public compétent, et consister, par exemple, dans un jugement ou un procès-verbal de conciliation en justice de paix.

162. En est-il de même de l'acte authentique exigé par la loi de 1889 ?

163. Pour M. Escobiac cet acte devrait nécessairement être un acte notarié.

Les travaux préparatoires de la loi manifestent en effet clairement l'intention du législateur.

Il en était certainement ainsi dans le projet voté par la Chambre en 1886 ; en effet, le législateur lui-même imposait alors *au notaire* l'obligation de donner à la femme lecture de la loi nouvelle². Et, d'autre part, M. Bernier, dans son rapport, indiquait en ces termes les raisons de cette disposition : « S'inspirant de l'article 9 de la loi de « 1855....., désireuse d'entourer la renonciation de « la femme..... de toutes les garanties possibles, de « faire en sorte qu'elle soit avertie de l'importance « de l'acte dans lequel elle déclare renoncer..... « avertissement qui ne peut lui être donné que *par* « acte notarié, votre commission est persuadée que « la disposition projetée ne peut s'appliquer logi- « quement qu'aux actes revêtus de la forme authen- « tique³. »

Or, lors du vote du texte définitif de la loi de 1889,

1. ESCOBIAc, *Lois nouvelles 1889*. Commentaire de la loi du 13 février 1889, p. 434. Dans le même sens, DE L'ÉPINE, *Rev. not.*, p. 696, n° 8348.

2. Ch. des députés, 19 avril et 27 mai 1886, *J. off.*, 1886, p. 855 et 945, et *supra*, n° 83.

3. Rapport Bernier, Chambre des députés, annexe à la séance du 27 mars 1886, n° 583, p. 13.

le Sénat supprima la lecture faite par le notaire, parce qu'il la jugea peu utile; mais il n'en resta pas moins d'accord avec la Chambre pour admettre le principe que l'acte devait être passé devant notaire : l'expression « acte authentique » est en effet restée la même, et les paroles de M. Trarieux, qui espère « qu'une fois « chez le *notaire*, l'officier ministériel appellera l'attention de la femme sur les conséquences » de la renonciation¹, indiquent suffisamment que le Sénat ne songea même pas à apporter une modification quelconque à ce point de vue.

163 *Lis.* En raison, d'ailleurs, cette solution se comprend parfaitement.

D'un côté, le législateur a voulu assurer à la femme le concours d'un conseiller qui la renseignera. Ce but serait-il atteint si l'on pouvait faire résulter la renonciation d'un acte tel qu'un jugement ou un procès-verbal de conciliation ?

D'un autre côté, les notaires sont les seuls officiers publics qui aient qualité pour recevoir un acte de constitution d'hypothèque (art. 2127 C. civ.) : n'est-il pas logique qu'il en soit de même de l'acte de renonciation ?

164. Ces arguments sont sérieux ; nous croyons cependant qu'ils ne sont pas décisifs.

La même controverse existe pour l'acte authentique exigé par l'article 9 de la loi de 1855. Et, nous

1. *Supra*, n° 156.

devons tout d'abord le reconnaître, si l'on admettait que cet acte ne peut être qu'un acte notarié, il faudrait adopter ici la même solution.

Mais précisément l'accord est aujourd'hui à peu près unanime pour écarter cette interprétation ¹. Et, dès lors, il doit en être de même de l'acte authentique exigé par la loi de 1889. Ces deux lois emploient en effet la même expression : « acte authentique » ; comment cette expression aurait-elle un sens différent dans chacune d'elles ? Et logiquement, comment cette différence pourrait-elle se comprendre ?

D'ailleurs, les raisons que l'on invoque pour justifier cette solution avec la loi de 1855 s'appliquent également à la loi de 1889.

Ces deux lois se bornent à exiger un acte authentique ; du moment que l'acte est authentique dans le sens de l'article 1317, la prescription légale est donc accomplie et la renonciation est régulière. On ne peut en effet, sans aucun texte, annuler une renonciation contenue dans un acte authentique autre qu'un acte notarié, et détourner l'expression « acte authentique » du sens que lui donne l'art. 1317 ².

Et, quant aux travaux préparatoires, alors même qu'ils seraient formels et précis, ils ne sauraient sup-

1. MERIGNHAC, *Des contrats relatifs à l'hypothèque légale des femmes mariées*, n° 48. — BERTAULD, n° 22. — MOURLON, t. II, n° 1012. — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. II, 1748.

2. Ce serait là créer une nullité et apporter une exception à la définition donnée par l'article 1317. N'est-ce donc pas le cas d'appliquer la maxime « pas de nullités ni d'exceptions sans texte » ?

pléer à cette absence de texte. Ils sont d'ailleurs en réalité fort confus. Dans le passage même que l'on invoque, M. Bernier ne confond-il pas l'acte notarié avec l'acte authentique, et ne manifeste-t-il pas, d'autre part, l'intention de s'inspirer de l'article 9 de la loi de 1855, qui n'exige pas l'acte notarié ? La même confusion entre ce qu'il appelle « l'acte public » et l'acte notarié ne se retrouve-t-elle pas dans le discours de M. Trarieux ?

Aussi nous paraît-il certain que ces mots « acte authentique » ne peuvent avoir d'autre signification que celle que leur donne l'article 1317¹.

165. Il faut cependant le constater, la forme notariale aurait été plus conforme au but recherché par le législateur. De même, du moment que l'on exigeait un acte authentique, il aurait été logique de mettre les lois de 1855 et de 1889 en concordance avec l'article 2127 du Code civil ; mais ni l'une ni l'autre de ces lois ne reproduisent les dispositions de cet article, et il n'appartient pas à l'interprète de corriger l'œuvre du législateur.

166. Mais, si l'acte est rédigé devant notaire, doit-il être retenu en minute ?

167. MM. Wable et Guillouard le contestent. Cela n'est pas nécessaire pour l'acte contenant constitution d'hypothèque conventionnelle. (Art. 2148 C. c.) Il doit donc en être de même, « *a fortiori*, pour l'acte

1. DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 82 et suivantes. — WABLE, *loc. cit.*, n° 74. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1804.

« contenant renonciation à l'hypothèque, pour lequel...
« la forme notariée n'est même pas exigée ¹. »

168. Cet argument, qui n'est qu'un argument de logique, nous semble assez peu concluant. Sans doute, ici encore, il aurait été logique de mettre les lois de 1855 et de 1889 en harmonie avec les articles du Code civil concernant la constitution d'hypothèque ; mais le législateur ne l'a pas fait ².

Il y a, en effet, un texte pour l'acte contenant constitution d'hypothèque ; c'est l'art. 2148 du Code civil. Mais ce texte n'existe pas pour l'acte contenant renonciation ; dès lors, nous ne pouvons que nous en référer aux principes du droit commun, d'après lesquels, à moins d'un texte contraire, tous les actes passés devant notaire doivent être retenus en minute. (L. 25 ventôse, an xi, art. 20.) Si l'acte n'était reçu qu'en brevet, la renonciation serait même complètement nulle : l'art. 68 de la loi de ventôse décide, en effet, que les actes faits en contravention à l'art. 20 ne peuvent valoir que comme actes sous seing ; or, nous le verrons, la renonciation par acte sous seing est nulle ; il est impossible, sans texte, d'apporter une exception à cet article.

169. La jurisprudence assimile à l'acte authen-

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1805. — V. aussi en ce sens : WABLE, n° 75.

2. MM. WABLE et GUILLOUARD ne s'arrêtent pas à cet argument de logique pour l'acte notarié : pourquoi admettre ici une règle d'interprétation différente ? Comp. n° 165.

tique l'acte sous seing déposé dans une étude de notaire par les deux parties ou par le débiteur seul ; elle applique notamment cette règle à l'acte constitutif d'hypothèque. Nous croyons qu'il faut nécessairement admettre la même solution pour l'acte contenant renonciation, car les motifs sont absolument les mêmes. On devra donc considérer comme valable la renonciation faite par la femme dans un acte sous seing privé, lorsque cet acte aura ensuite été déposé chez un notaire par les parties ou par la femme seule ¹.

Il ne faut pas se dissimuler toutefois que cette règle ne réalise pas complètement le vœu du législateur de 1889. On peut comprendre, en effet, que l'officier ministériel renseigne et éclaire la femme lorsqu'il est lui-même rédacteur de l'acte ; mais quels conseils attendre de lui quand il se borne à recevoir le dépôt d'un acte qu'il n'a pas fait ? Et, quant à la bonne rédaction de l'acte, il est bien évident que ce dépôt ne saurait aucunement l'apporter. Ces raisons pourraient cependant s'appliquer à tout autre acte authentique ; c'est pourquoi, si, en règle générale, on ne les considère pas comme décisives, il faut admettre la même solution avec la loi de 1889.

Il va d'ailleurs de soi que, si la femme renouvelait sa renonciation devant le notaire en effectuant le

1. ESCOBIAZ, p. 439. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1865. — *Contra*, WABLE, *loc. cit.*, n° 84.

dépôt, la renonciation serait, à plus forte raison, pleinement valable : elle serait alors effectivement contenue dans un acte authentique. Il faudrait admettre cette solution, alors même que l'on refuserait, avec M. Wable, d'attribuer au simple dépôt l'efficacité que nous venons de lui reconnaître ¹.

170. Si la femme ne comparait pas elle-même à l'acte de renonciation, mais donne mandat à un tiers de l'y représenter, la procuration par elle consentie doit être authentique. Il est en effet de principe que, toutes les fois que l'authenticité d'un acte est exigée pour prévenir les fraudes et protéger l'une des parties ou les tiers, le mandat donné pour passer l'acte, surtout par la partie que la loi a voulu protéger, doit être authentique ². Et cette règle est facile à justifier : d'une part, le mandat se lie d'une manière intime à l'acte en vue duquel il est donné, puisque le consentement exprimé dans l'acte ne l'est qu'en vertu du mandat ; d'autre part, comment la femme pourrait-elle être renseignée par l'officier ministériel, si elle n'avait pas à comparaître devant lui ³ ?

171. Mais l'acte de renonciation qui intervient à la suite de ce mandat doit-il encore être authentique ?

M. de Lagrevol le conteste : « Le texte de la loi « n'exige l'authenticité que pour l'acte contenant la

1. WABLE, *loc. cit.*, n° 84.

2. Cass., 7 février 1854. (Dall., 54, 1, 49.) — Cass., req., 27 juin 1881. (Dall., 82, 1, 175, et S., 81, 1, 441.)

3. DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 86. — WABLE, *loc. cit.*, n° 79. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1807.

« renonciation ; or, ici, la renonciation n'est pas, à
« proprement parler, contenue dans l'acte de vente,
« d'échange ou de donation ; elle a plutôt son siège
« dans le mandat. D'ailleurs, l'authenticité n'est re-
« quise que comme moyen de protection de la femme,
« et l'on ne conçoit pas qu'elle se trouve plus protégée,
« parce que l'on exige l'authenticité d'un contrat où
« sa présence n'est plus nécessaire ¹. »

Ces arguments ne nous semblent nullement décisifs. La renonciation résulte, en effet, non pas du mandat, mais bien de l'acte passé par le mandataire ; cela est si vrai qu'avant cet acte, non seulement la renonciation n'existe pas, mais que la femme peut même révoquer le mandat ; or, c'est l'acte de renonciation lui-même que la loi de 1889 soumet à l'authenticité. D'un autre côté, nous le répétons, l'authenticité est exigée, non seulement pour protéger la femme, mais aussi pour assurer la bonne rédaction de l'acte ; à ce point de vue, l'authenticité de cet acte lui-même est nécessaire.

172. Nous avons admis que la renonciation, constituant un contrat entre la femme et l'acquéreur, devait être acceptée par celui-ci. Cette acceptation, elle aussi, doit-elle être faite par acte authentique.

1. DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 86. Comme conséquence de cette interprétation, M. de Lagrevol doit admettre et admet qu'à l'exemple de l'acte authentique, la procuration, si elle est notariée, doit être retenue en minute. Cette solution est directement contraire à l'art. 20 de la loi de ventôse an XI.

Nous ne le croyons pas ¹. D'un côté, aucun texte ne l'exige, d'un autre côté, le but poursuivi par le législateur, c'est-à-dire la protection de la femme et la bonne rédaction de l'acte, est atteint dès que la renonciation est faite par la femme devant l'officier ministériel. L'article 932 du Code civil, que l'on pourrait être tenté d'invoquer par analogie, est spécial aux donations entre vifs et exceptionnel de sa nature; on ne peut donc l'étendre aux autres conventions pour la validité desquelles la loi exige un acte authentique. Et même, si l'on devait ainsi raisonner par analogie, c'est bien plutôt l'exemple de la constitution d'hypothèque qu'il faudrait citer; or l'authenticité n'est pas nécessaire pour son acceptation.

Conformément au droit commun, l'acceptation de l'acquéreur peut donc être valablement contenue dans un acte sous seing; elle peut même être tacite et résulter de circonstances de fait que les tribunaux apprécieront souverainement. Bien plus, les tribunaux devraient se montrer d'autant plus faciles pour admettre cette acceptation tacite que, la renonciation étant, en définitive, destinée à profiter à l'acquéreur, il y a tout lieu de supposer qu'il l'a acceptée dès qu'il l'a connue. La seule connaissance par lui de la renonciation, à supposer toutefois qu'elle soit dûment établie, sans protestation de sa part, serait donc suffisante ².

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 87. n° 77. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1803.

2. Les tribunaux se montrent d'ailleurs, en général, très larges pour admettre cette acceptation tacite des contrats.

173. 2° La portée de la règle exigeant l'acte authentique étant ainsi déterminée, nous devons maintenant rechercher quel serait le sort de la renonciation si l'authenticité venait à faire défaut.

174. Ici encore, la loi de 1889 a mis fin aux controverses que la loi de 1855 avait suscitées. Il est en effet certain que l'acte authentique est aujourd'hui exigé, non pas seulement *ad probationem*, mais *ad solemnitatem*¹, qu'il est prescrit à peine de nullité de la renonciation, et que cette nullité serait une nullité absolue dont tous les intéressés, la femme comme les tiers, pourraient se prévaloir.

Le texte de la loi est en effet décisif. Après avoir indiqué, dans le paragraphe premier, que la renonciation vaut purge, la loi ajoute, dans un second paragraphe : « Dans tous les cas, cette renonciation « *n'est valable et ne produit les effets ci-dessus* que si « elle est contenue dans un acte authentique. » N'est-ce pas exprimer clairement qu'à défaut d'acte authentique la renonciation n'est pas valable, et ne l'est à l'égard de personne, ou encore qu'elle ne produit pas d'effets ?

Le rapport de M. Merlin au Sénat ne laisse d'ailleurs aucun doute sur cette interprétation. Exposant l'opinion qui finalement a triomphé, M. Merlin s'exprime en ces termes :

¹ La loi de 1889 a donc fait entrer la renonciation dans la famille des actes *solennels*, au même titre que le mariage, l'adoption, la donation, le contrat de mariage, et, au moins d'après l'opinion générale, la constitution d'hypothèque.

« Dans l'opinion des partisans de l'authenticité,
« l'inobservation de cette formalité entraînera la nul-
« lité absolue de la renonciation, et, comme la so-
« lennité de l'acte est surtout exigée dans l'intérêt de la
« femme, la femme devra avoir elle-même le droit de
« s'en prévaloir. »

175. Les effets de cette nullité sont donc ceux qui, en droit commun, s'attachent aux nullités absolues ou inexistences des actes. Nous pouvons notamment signaler les conséquences suivantes :

1° Cette nullité existe par elle-même et indépendamment de tout jugement ; si la justice intervient, l'office du juge se réduit à la constater. :

2° Elle peut être invoquée par tout intéressé, par la femme comme par les tiers. Et cette règle est fort logique, puisque, nous l'avons vu, c'est à la fois dans l'intérêt de la femme et dans celui des tiers que l'authenticité est exigée ¹.

3° Elle ne peut être couverte par la prescription, pas plus par la prescription trentenaire que par la prescription décennale de l'article 1304 C. civ.

4° La renonciation nulle pour défaut d'authenticité ne peut faire l'objet d'une ratification ayant pour effet de la valider rétroactivement : *quod nullum est confirmari nequit*. (Comp. art. 1339 C. civ.) Les parties ne pourraient que la refaire en la forme légale,

1. Nous avons vu également qu'avec la loi de 1855, il existait sur ce point une controverse importante, *supra*, n° 57, note 1.

mais sa date ne saurait être antérieure à celle de l'acte authentique.

176. Et non seulement la renonciation consentie par acte sous seing est nulle, mais il doit en être de même de la simple promesse de renoncer. Le législateur, en exigeant l'acte authentique, a eu pour but principal de protéger la femme, de quelle utilité pourrait être cette protection si la femme pouvait se trouver contrainte de renoncer sans avoir comparu devant l'officier ministériel? Et, quant au texte de la loi, il peut s'appliquer aussi bien, et même *a fortiori*, à la simple promesse qu'à la renonciation elle-même¹.

1. Nous pouvons maintenant comparer, au point de vue des formalités exigées par la loi, la constitution d'hypothèque et la renonciation à l'hypothèque légale de la femme. Il existe entre elles de grandes analogies, mais aussi des différences notables.

Dans les deux cas, l'acte doit être authentique.

Mais, pour la constitution, l'acte doit être notarié; il peut être reçu en brevet simple.

Pour la renonciation, il suffit que l'acte soit authentique dans le sens de l'art. 1317 C. civ; mais, si cet acte est notarié, il doit être retenu en minute.

D'autre part, dans les deux cas, l'authenticité est prescrite à peine de nullité, et cette nullité peut être invoquée par les parties elles-mêmes comme par les tiers.

Mais, pour la constitution d'hypothèque, on admet en général, quoique la question soit vivement controversée, que cette nullité, au moins dans les rapports entre les parties contractantes elles-mêmes, n'est que relative et peut faire l'objet d'une ratification valable. (GILLARD, *De l'hypothèque conventionnelle*, n° 250. — LABBÉ, note rapportée dans S., 81, 1, 441. — GUILLOUARD, *op. cit.*, t. II, p. 480-482. — Riom, 31 juillet 1810, DALL., 52, 2, 222. — Cass., 7 février 1854, DALL., 54, 1, 49 — Pau, 16 mars 1893, S. 93, II, 125). On considère aussi comme valable la promesse de constituer une hypothèque consentie

177. Mais cette nullité ne s'attache qu'à la renonciation ou à la promesse de renoncer. Conformément au droit commun, la femme reste libre de s'obliger par acte sous seing ; elle peut donc s'engager ainsi à ne pas évincer l'acquéreur, ou même garantir l'aliénation consentie par le mari ¹. Ces engagements sont incontestablement valables ² : ils sont autorisés par le droit commun et aucun texte ne les prohibe, et cependant, ils entraînent des conséquences qui ne paraissent guère compatibles avec cette prohibition de renoncer par acte sous seing.

178. Nous devons exposer les principales de ces conséquences en les comparant avec celles d'une renonciation valable ; nous verrons ainsi combien la sanction de la règle édictée par le paragraphe 2 de la loi de 1889 se trouve affaiblie, et quels graves in-

par acte sous seing. (AUBRY et RAU, t. III, texte et note 53, p. 275. — PONT, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 658. — MARTON, *Des privilèges et hypothèques*, t. III, n° 983 bis. — BAUDRY-LACANTINERIE et de LOYNES, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 1407. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 482-483, n° 1008. — Pau, 16 juillet 1852, S. 52. II, 417, et DALL. 54, 2, 205. — Cass., 5 novembre 1860, S. 61, 1, 858, et DALL., 61, 1, 301. — Comp. toutefois Cass., 27 août 1844, S. 44, 1, 740.)

Pour la renonciation, au contraire, la nullité est absolue, aussi bien à l'égard des parties elles-mêmes qu'à l'égard des tiers, et ne peut faire l'objet d'une ratification valable. Nous croyons aussi que la promesse de renoncer, passée par acte sous seing, ne pourrait obliger la femme à réaliser ensuite valablement la renonciation.

La plupart de ces différences sont assez difficiles à justifier.

1. Cette obligation de garantie résulterait de la qualité de coaliénatrice, garante ou caution du mari, prise par la femme. Comp. nos 268 et suiv.

2. DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 88. — DALMBERT, *loc. cit.*, appendice, I, n° 9 bis. — WABLE, *loc. cit.*, p. 91, n° 82. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 102-103, n° 1810.

convénients théoriques et pratiques résultent de cette situation.

179. Tout d'abord, de même que la renonciation, ces engagements, bien que contractés par acte sous seing, empêchent la femme d'exercer son hypothèque, dont ils ont ainsi pour résultat de la priver, sinon en droit, au moins en fait. Sans doute, l'acte sous seing ne peut entraîner renonciation ; mais, si la femme, qui, théoriquement, a conservé son hypothèque, voulait s'en prévaloir pour évincer l'acquéreur, elle ne se trouverait pas moins écartée par une fin de non-recevoir tirée de son obligation ou par une exception déduite de sa qualité de garante, conformément à la maxime « qui doit garantie ne peut « évincer ¹ ».

180. A un certain point de vue même, ces engagements sont plus dangereux pour elle qu'une véritable renonciation. Après une renonciation, en effet, l'acquéreur ne doit pas verser le prix de vente entre les mains du mari sans le consentement de la femme ; autrement, celle-ci pourrait le contraindre à répéter son paiement. (§ 4, l. 1889.) Après ces engagements, au contraire, la femme ne peut plus évincer l'acquéreur, alors même que celui-ci a payé sans son consentement.

1. C'est pourquoi il serait logique de considérer ces engagements comme entraînant renonciation tacite à l'hypothèque légale. Il en est ainsi de l'obligation de « covenderesse, garante ou caution » prise par la femme dans un acte authentique. (Par. 3, l. 1889.)

181. A l'inverse, à d'autres égards, ils sont moins graves qu'une renonciation.

Tout d'abord, après les avoir consentis, la femme peut encore céder son hypothèque à un tiers ; rien n'empêche alors ce tiers de faire valoir l'hypothèque, car lui n'est pas tenu de la garantie ou de toute autre obligation qui reste personnelle à la femme ¹. Il est évident qu'il en serait autrement après une renonciation dûment publiée.

Et puis, dans une hypothèse, assez rare, il est vrai, la femme elle-même, avec une simple promesse de ne pas évincer l'acquéreur, ou ses créanciers chirographaires, avec une obligation entraînant garantie, ont intérêt à se prévaloir du défaut de renonciation. Il en est ainsi dans le cas où il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, et où l'acquéreur commet l'imprudence de payer son prix au mari en se contentant du consentement de la femme, mais sans purger. Lorsque ce paiement est fait après une renonciation valable à l'hypothèque légale, il a pour effet de subroger l'acquéreur dans le droit de préférence conservé par la femme (§ 5, l. 1889) ² ; si l'immeuble vient à être saisi par un des créanciers hypothécaires, l'acquéreur peut donc produire sur le prix d'adjudication,

1. Bien entendu, cette cession exposerait la femme à des dommages-intérêts envers l'acquéreur, conformément au principe que les contrats doivent s'exécuter de bonne foi. (Art. 1134 C. c.)

2. *Infra*, n° 300 et nos 447-452.

au lieu et place de la femme, et se faire ainsi attribuer, jusqu'à concurrence du prix payé par lui, la totalité de la collocation qui aurait dû revenir à celle-ci. Au contraire, lorsque le paiement est fait après un engagement par la femme de ne pas évincer l'acquéreur, il ne saurait entraîner subrogation dans l'hypothèque légale ; si l'immeuble vient à être saisi par un des créanciers, la femme peut donc produire elle-même sur le prix d'adjudication ; elle profite par là du défaut de renonciation ¹.

Mais la femme a pu ne pas s'engager ainsi d'une manière purement négative et contracter l'obligation de garantie : l'acquéreur, évincé de l'immeuble et créancier en garantie, produira alors en sous-ordre sur elle, et lui enlèvera encore le montant de sa collocation. Seulement, au lieu de se faire attribuer seul le montant de cette collocation, il devra subir le concours des autres créanciers chirographaires de la femme qui se présenteront au même titre que lui ; ce sont donc ces créanciers qui profiteront, en définitive, du défaut de renonciation ².

4. Nous avons supposé un paiement fait avec le consentement de la femme. Si, en effet, ce paiement était fait sans ce consentement, la femme pourrait toujours, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, exercer son droit de préférence, aussi bien dans le cas où elle aurait renoncé à son hypothèque que dans celui où elle n'aurait pas renoncé.

2. On dit souvent que ce sont les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme qui profitent du défaut de renonciation. WABLE. *loc. cit.*, p. 91-92, n° 82. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 403, n° 1810.

C'est là une erreur : ces créanciers ne sont nullement intéressés à l'existence ou au défaut de renonciation ; si la renonciation n'existe pas, ils sont primés par la femme ; si elle existe, ils sont primés encore

182. Ces effets, attachés à un acte sous seing, étant ainsi déterminés, il est facile de voir combien la formalité de l'acte authentique exigé pour la renonciation engendre, en se combinant avec eux, des conséquences irrationnelles et regrettables en pratique.

183. Tout d'abord, cette exigence même perd une grande partie de sa force, puisque la femme peut ainsi se priver indirectement de son hypothèque sans acte authentique, échappant à la protection dont le législateur entendait l'entourer.

Cette anomalie est même d'autant plus grave que ces engagements de ne pas évincer l'acquéreur ou de garantir l'aliénation sont plus dangereux pour la femme qu'une renonciation, en ce sens qu'ils ne lui laissent même pas le droit d'imposer son consentement pour le paiement du prix. Dans un cas même, elle est particulièrement choquante. Supposons une femme qui se porte covenderesse, garante ou caution du mari dans un acte authentique, cette obligation entraîne renonciation tacite à l'hypothèque (par. 3 l. 1889); le paiement du prix ne peut donc être valablement fait qu'avec le consentement de la femme, conformément au paragraphe 4 de la loi de 1889. Et, si cette même obligation¹ est prise dans un acte sous

par la femme tant que le prix n'a pas été payé avec son consentement ou par l'acquéreur, subrogé dans ses droits, à partir de ce paiement. Dans les deux cas, leur situation est exactement la même. Comp. *infra*, n° 229.

1. Cette qualité de covenderesse ou caution entraîne, en effet, pour la femme, obligation de garantie. Comp. *infra*, n°s 268 et suiv.

seing, la renonciation à l'hypothèque ne pouvant en résulter, et la loi de 1889 étant, par suite, inapplicable, l'acquéreur pourra se libérer sans le consentement de la femme, conformément au droit commun, et celle-ci n'aura rien à lui réclamer. Ce résultat se passe de commentaires.

184. Et, si la femme peut se trouver ainsi, en fait, privée de son hypothèque par un acte sous seing, quels sont les intéressés qui profitent du défaut de renonciation? Nous venons de le dire : ce sont les tiers cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale ou les créanciers chirographaires de la femme. Cette conséquence a au moins l'avantage d'amener indirectement l'acquéreur à exiger une renonciation valablement passée par acte authentique pour assurer sa propre sécurité ; mais est-ce dans l'intérêt de ces tiers que l'authenticité était exigée ? Et puis, cette faculté laissée à la femme de céder un droit qu'elle ne pourrait exercer elle-même sans que l'acquéreur puisse désormais se prémunir contre elle, n'est-elle pas injuste au premier chef, et ne constitue-t-elle pas un encouragement manifeste à la fraude ¹ ?

185. Ces inconvénients nous paraissent très gra-

1. Il est vrai qu'il existe un inconvénient analogue pour tous les actes soumis à une publicité quelconque ; tant que cette publicité n'est pas remplie, la personne qui a aliéné son droit ne peut plus l'exercer, et cependant la cession qu'elle en fait est valable ; mais le cessionnaire primitif peut toujours échapper à ce danger en remplissant la publicité exigée par la loi ; ici, l'acquéreur se trouve complètement à la merci de la femme.

ves. En fait, ils sont de nature à se réaliser très fréquemment : ils existent, en effet, toutes les fois que la femme se trouve engagée comme garante, indépendamment d'un acte authentique ; or, les circonstances qui peuvent entraîner pour elle cette obligation de garantie sont très nombreuses : telles seraient, par exemple, la qualité prise par elle de co-aliénatrice ¹ ou caution ² du mari, ou encore, lors de la dissolution du régime matrimonial, l'acceptation de la communauté ³. C'est là une situation fort regrettable.

186. Ces considérations nous permettent de répondre assez facilement à la dernière des questions que nous avons posées : que faut-il penser de cet acte authentique exigé pour la renonciation ?

C'est là une question qui divise les auteurs comme elle avait déjà divisé les membres du Parlement lors de la confection de la loi.

187. Les uns approuvent sans réserve cette disposition. Les motifs qu'ils en donnent sont ceux qui avaient déjà été exposés par MM. Fallières et Tra-

1. *Infra*, nos 272-274.

2. *Infra*, nos 278-279.

3. M. Wable propose de décider que l'acceptation de la communauté ne pourra empêcher la femme d'exercer son hypothèque sur les immeubles aliénés par le mari que si elle est faite par acte authentique. (WABLE, *loc. cit.*, p. 93-95, n° 85.) Cette opinion est inadmissible ; M. Wable lui-même reconnaît que l'obligation de garantie peut résulter d'un acte sous seing, et empêcher la femme d'exercer son hypothèque (WABLE, *loc. cit.*, p. 91, n° 82) ; à plus forte raison en est-il de même ici où l'abus d'autorité du mari n'est plus à craindre.

rieux devant le Sénat¹ : en pratique, protection de la femme, clarté et précision dans la rédaction de l'acte ; en théorie, nécessité de mettre la loi de 1889 en harmonie avec les principes généraux de notre régime hypothécaire, qui exigent un acte authentique pour la constitution et la radiation de l'hypothèque, et avec la loi de 1855, qui établit la même prescription pour la renonciation même à l'hypothèque de la femme consentie à un tiers autre que l'acquéreur.

188. Les autres s'attachent uniquement à cet argument théorique, et approuvent encore le législateur de 1889, tout en paraissant regretter en pratique cette formalité dispendieuse. « La loi du 23
« mars 1855, dit à ce sujet M. Guillouard², a exigé
« que les renonciations ou cessions de l'hypothèque
« légale de la femme soient faites par acte authentique,
« dans le but de protéger la femme contre son inexpé-
« rience et ses entraînements, et aussi parce qu'en
« matière hypothécaire, la forme solennelle est de
« rigueur pour la constitution et la radiation de l'hypo-
« thèque : la loi de 1889 n'est que l'interprétation
« législative et le complément de la loi de 1855 ; elle
« s'occupe d'une forme de la renonciation de la femme
« à son hypothèque. . . . ; elle devait donc exiger
« aussi la forme authentique. Et, si l'on nous objecte
« les frais nécessités par l'authenticité, ajoute M. Guil-

1. *Supra*, nos 155-156.

2. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 95, n° 1799. — En ce sens : TISSIER, lo
du 13 février 1889, *Revue critique*, 89, p. 641-642.

« louard, nous répondrons que la critique porte aussi
« bien sur l'article 9 de la loi de 1855, qui, pour
« les renonciations expresses ou les cessions d'hypo-
« thèques les moins importantes, exige la forme
« authentique. La loi de 1889 ne mérite pas en cela
« une critique qui s'adresse à l'organisation de notre
« système hypothécaire. »

189. Pour nous, nous croyons que le législateur de 1889 a eu tort d'exiger l'acte authentique. Nous essayerons de le montrer en nous plaçant d'abord au point de vue pratique et ensuite au point de vue théorique.

190. En pratique, l'acte authentique présente incontestablement certains avantages ; le principal est peut-être d'assurer la bonne rédaction d'un acte assez délicat, et d'éviter ainsi de fréquentes difficultés d'interprétation.

Nous croyons cependant que le législateur s'est singulièrement exagéré ces avantages ¹.

En ce qui concerne les tiers, s'il était utile de porter la renonciation à leur connaissance sans les exposer à des méprises, ce résultat pouvait être atteint aussi bien, et même beaucoup plus sûrement, sans acte authentique, par une simple mention de cette renonciation en marge de la transcription de l'acte d'aliénation ².

1. Comp. *supra*, n° 156.

2. Comp. *infra*, n° 251.

En ce qui concerne la femme, nous devons tout d'abord faire observer que cette protection dont l'entourage le législateur ne nous paraît pas bien indispensable, d'autant plus qu'elle n'existe nullement en cas de purge de l'hypothèque légale¹. A protéger ainsi les incapables, on s'expose à les ruiner : notre législation sur la minorité et la tutelle en est trop souvent la meilleure preuve.

Et puis, on peut ne pas partager complètement cette confiance illimitée que le législateur accorde à l'acte authentique comme moyen de protection de la femme. Ainsi que le fait remarquer M. Merignhac avec un grand sens pratique : « Si le mari a sur la
« femme l'influence que l'on redoute, ce ne sera pas le
« conseil donné, au moment du contrat, par le notaire
« rédacteur qui pourra la contre-balancer. Celui-ci
« sera le plus souvent fort embarrassé pour formuler
« une observation quelconque ; car l'acte de la femme,
« bien que désavantageux en apparence, peut cepen-
« dant avoir des conséquences utiles². » On pourrait
ajouter que, si la femme devait être circonvenue par
le mari, elle le serait avant d'entrer dans le cabinet
de l'officier ministériel. Au moment de la rédaction
de l'acte, signant sous l'œil du mari qui doit donner
son autorisation, elle n'osera pas, surtout peut-être

e

1. Comp. *infra*, n° 299.

2. MERIGNHAC, p. 151. Il ne faut pas oublier toutefois qu'ici comme avec tout acte authentique, le jurisprudence impose au notaire, à peine d'engager sa responsabilité, l'obligation de renseigner la femme sur les conséquences de l'acte qu'elle signe.

en présence d'un étranger, entreprendre une lutte qui troublerait l'harmonie du ménage, et serait de nature à jeter des doutes sur le succès des affaires du mari.

191. Mais, quoi qu'il en soit de ces avantages, nous adresserons à l'acte authentique deux grands reproches qui, selon nous, auraient dû le faire écarter.

Le premier, c'est l'importance des frais qu'il entraîne, frais qui constituent une gêne considérable pour toutes ces ventes minimales et ces renonciations sans importance, si nombreuses chez nous chaque année. On peut, à ce point de vue, s'étonner d'autant plus de le voir exigé par la loi de 1889, que cette loi a été précisément inspirée par une pensée de simplification et d'économie. « Quand on vous
« demande, disait déjà avec beaucoup de raison
« M. Clément au Sénat ¹, une loi ayant pour but
« d'économiser les frais, vous répondez par une loi
« qui est faite pour les augmenter : ce n'est pas pré-
« cisément, je crois, le but que se sont proposé les
« auteurs du projet qui vous est soumis. »

Le second, et le plus grave peut-être, c'est l'insuffisance de sanction. C'est là un point sur lequel nous avons eu déjà longuement à insister ², et sur lequel nous ne reviendrons plus : nous avons indiqué en effet combien il est facile à la femme de se priver de

1. Sénat, 29 oct., 1888, Journal officiel, p. 4391.

2. *Supra*, n^{os} 177-185.

son hypothèque par un engagement contracté par acte sous seing, et nous avons signalé les nombreux inconvénients qui en résultent.

192. Et cette insuffisance de sanction devait nécessairement exister : elle est la conséquence inévitable d'un défaut d'harmonie avec les principes du droit commun. Nous nous trouvons ainsi amené à envisager l'acte authentique au point de vue de la logique, et, ici encore, nous verrons que la logique est d'accord avec la pratique pour condamner cette formalité.

193. Le droit commun, c'est en effet que la femme peut aliéner et s'obliger par acte sous seing, et c'est précisément dans l'incompatibilité qui existe entre cette liberté et la prohibition de renoncer en la même forme, que réside la cause de ce défaut de sanction, de telle sorte qu'il y a ici, non pas une exception à une règle plus générale de droit, mais bien deux principes contradictoires.

195. Mais à l'inverse, en autorisant la renonciation par acte sous seing, n'aurait-on pas rompu toute harmonie entre la loi de 1889, d'une part, et les principes généraux de notre régime hypothécaire et de la loi de 1855, de l'autre ?

S'il en était ainsi, il faudrait reconnaître que le législateur de 1889 se serait trouvé dans l'impossibilité de concilier ces principes avec ceux du droit com-

1. Comp., n^os 187-188.

mun ¹, et qu'il n'aurait pu établir une règle logique à tous égards qu'en modifiant les uns ou les autres d'entre eux ², ce qui aurait été dépasser de beaucoup le but qu'il se proposait. Dès lors, en présence de cet état de choses, dont la responsabilité aurait dû incomber à ses prédécesseurs plutôt qu'à lui-même, le mieux n'aurait-il pas été encore de s'arrêter à la solution paraissant la meilleure en pratique?

196. Mais, en réalité, cette difficulté n'existe nullement.

197. Lorsqu'on invoque les principes généraux de notre système hypothécaire, on confond en effet la renonciation même à l'hypothèque et la radiation de l'inscription ³. La radiation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un acte authentique, parce que l'on ne peut toucher à l'inscription que par acte authentique; mais, en droit commun, la renonciation peut parfaitement être consentie par acte sous seing ⁴. Dès lors, l'application de ces principes aurait dû conduire à

1. Comp. les raisons données lors de la discussion de la loi au Sénat pour et contre cette nécessité de l'acte authentique. *Supra*, n° 155.

2. Plus logique en cela que le législateur de 1889, la Faculté de droit de Paris, qui, dans l'enquête de 1841, proposait d'assujétir la renonciation à l'hypothèque légale à certaines formalités, demandait l'établissement des mêmes formalités pour tous les actes par lesquels la femme s'obligeait « comme caution du mari ou comme débitrice conjointe et solidaire avec lui ». *Supra*, n° 40.

3. Nous avons déjà eu à signaler cette confusion en exposant les controverses suscitées par la loi de 1855. *Supra*, n° 54.

4. AUBRY et RAU, t. III, § 292, texte et note 18, p. 490. — PONT, *Des privilèges et hypothèques*, II, n° 1235. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 208-208, n° 1904. — Paris, 13 avril 1854. (S. 54, II, 336.)

n'exiger l'acte authentique que pour la radiation de l'inscription dans les cas exceptionnels où, l'hypothèque légale ayant été inscrite, l'acquéreur veut la faire radier¹.

Il est vrai qu'il en est autrement de la constitution d'hypothèque, et qu'alors c'est pour l'acte même de constitution que l'authenticité est exigée ; mais il s'agit ici d'une renonciation et non pas d'une constitution.

198. Et quant à la loi de 1855, l'argument que l'on en tire provient encore de ce que l'on en comprend mal la portée. Cette loi ne prévoit, en effet, que le cas d'une renonciation translatrice donnant lieu à inscription, et, si elle exige l'acte authentique, c'est uniquement pour servir de base à cette inscription². Mais ici il s'agit d'une renonciation extinctive donnant lieu, non pas à inscription, mais à transcription ; or, rien n'empêche la transcription d'un acte sous seing.

Aussi croyons-nous que, loin de contredire les considérations pratiques que nous avons exposées,

1. Il va d'ailleurs de soi que le législateur de 1889 aurait dû exiger l'acte authentique pour cette radiation. Mais cette règle n'avait même pas à être formulée expressément par lui, car elle résultait suffisamment de l'art. 2158 C. civ.

2. *Supra*, nos 54-56. Si l'on refusait de donner à la loi de 1855 l'interprétation que nous lui attribuons ici, il faudrait reconnaître que c'est le législateur de 1855 qui a établi une règle incompatible avec les principes du droit commun, permettant à la femme de s'engager par acte sous seing ; dès lors, le législateur de 1889 aurait encore eu raison de ne pas persévérer dans cette voie illogique et d'en revenir aux véritables principes de notre droit.

ces raisons d'ordre purement logique viennent au contraire s'ajouter à elles, et que la seule solution, vraiment satisfaisante à tous les points de vue, aurait consisté à autoriser la renonciation par acte sous seing.

SECTION II

Publicité de la renonciation

199. L'acquéreur qui bénéficie d'une renonciation ne doit pas se borner à la faire constater par acte authentique; il doit encore la publier.

200. C'est précisément l'organisation de cette publicité qui a donné naissance à la loi de 1889. Nous avons vu, en effet, quelle incertitude existait sur ce point avant 1889, quels inconvénients en résultaient, et combien il était nécessaire de remédier à cette situation¹.

1. Comp. chapitre 1^{er}.

Pour bien faire comprendre la portée de la publicité instituée par la loi de 1889, il peut être utile de rappeler ici brièvement quelle était à ce sujet la situation antérieure.

Sous le Code civil, pour la renonciation comme pour tous les autres actes emportant mutation ou extinction de droits réels immobiliers, aucune publicité n'existait; aussi les tiers qui traitaient avec la femme étaient-ils toujours exposés à voir celle-ci renoncer à leur profit à un droit n'existant déjà plus ou déjà cédé par elle, et n'avaient-ils aucun moyen de se renseigner; un danger analogue existait d'ailleurs pour tous les tiers acquéreurs de droits réels.

C'est ce danger d'ordre général que la loi du 23 mars 1855 sur « la transcription en matière hypothécaire » a eu pour but de faire cesser. En principe — et cette règle est devenue une des bases mêmes

201. Le système de publicité établi par le législateur est assez simple : il consiste à utiliser, pour la publicité de la renonciation, la transcription même de l'acte d'aliénation. Il est consacré par le paragraphe 1^{er} de la loi, ainsi conçu :

« La renonciation par la femme à son hypothèque
« légale au profit de l'acquéreur d'immeubles grevée

de notre droit actuel — la publicité établie par elle consiste dans la transcription. Par exception, pour la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, elle consiste dans l'inscription.

Nous avons vu quelles controverses avait suscitées cette dernière solution, et combien il était difficile d'exiger l'inscription des renonciations extinctives. Devant les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence, l'acquéreur auquel était consentie une de ces renonciations se trouvait enfermé dans le dilemme suivant :

Ou se contenter de la transcription de son contrat d'acquisition,

Ou, à côté de cette transcription, faire inscrire l'hypothèque légale pour la faire radier immédiatement, et renouveler cette formalité étrange tous les dix ans, non seulement pour l'hypothèque de la femme de son vendeur, mais encore pour toutes les hypothèques légales pouvant avoir grevé l'immeuble du chef des femmes des précédents propriétaires.

Dans le premier cas, il était toujours exposé à entendre juger que la renonciation à lui consentie n'était pas opposable aux tiers, et à se voir évincé par un cessionnaire ultérieur de l'hypothèque légale. Dans le second, il lui était à peu près impossible de remplir sans erreur une publicité aussi étendue.

Aussi, pratiquement, n'avait-il qu'un seul moyen vraiment efficace pour faire tomber l'hypothèque légale : c'était de recourir à la purge.

Le législateur de 1889 s'est précisément proposé de lui permettre de dégrever l'immeuble sans procéder à la purge, au moyen d'une simple renonciation consentie par la femme. C'est dans ce but qu'il a organisé la publicité de cette renonciation d'une manière nette et pratique, et qu'il l'a fait consister dans la transcription même de l'acte d'aliénation ou dans une mention en marge de la transcription de cet acte. Désormais, l'acquéreur qui s'est borné à faire opérer cette transcription ou cette mention est donc assuré de n'avoir plus rien à craindre de l'hypothèque légale. (Voir toutefois ce que nous dirons du paiement du prix, chapitre iv.)

« de cette hypothèque, en emporte l'extinction et vaut
« purge, à partir soit de la transcription de l'acte d'a-
« liénation, si la renonciation y est contenue, soit de
« la mention faite en marge de la transcription de
« l'acte d'aliénation, si la renonciation a été consen-
« tie par acte authentique distinct. »

C'est là, en quelque sorte, la disposition fondamentale de toute la loi, puisque c'est elle qui est destinée à remédier aux inconvénients mêmes qui avaient provoqué cette loi.

202. Et cependant, ce texte, lui aussi, est fort mal rédigé.

Pris à la lettre, en effet, il semble assimiler la transcription ou la mention marginale à l'acte authentique dont il est question à la fin du même paragraphe, et décider que cette transcription ou cette mention constituent l'un des éléments mêmes de la formation du contrat.

Il n'en est pas moins certain que ces formalités sont exigées uniquement au point de vue de la publicité, qu'elles ont pour seul effet de rendre la renonciation opposable aux tiers, et que cette renonciation, indépendamment de leur accomplissement, ne laisse pas d'être pleinement valable entre les parties ¹.

203. De même que pour l'acte authentique, nous aurons ici trois questions à examiner :

¹. *Infra*, n° 216.

1° En quoi consiste cette formalité de la transcription ou de la mention ?

2° Quel est son effet ?

3° Que faut-il en penser ?

203. 1° En quoi consiste cette formalité ?

204. La loi de 1889 prévoit ici deux hypothèses : ou la renonciation est contenue dans l'acte d'aliénation, ou elle est contenue dans un acte distinct.

206. Dans le premier cas, la transcription de l'acte d'aliénation suffit.

207. Dans le second, il doit être fait mention de la renonciation en marge de la transcription de l'acte d'aliénation ¹.

208. La transcription, c'est la copie intégrale de l'acte d'aliénation ; elle est faite conformément au droit commun en cette matière.

209. Mais comment la mention doit-elle être faite ? La loi de 1889 ne l'indique pas. Il est cependant facile de suppléer à son silence : le notaire ou la partie qui requiert la mention doit remettre au conservateur une expédition de l'acte authentique de renonciation ; le conservateur fait alors, sous sa responsabilité, en marge de la transcription de l'acte

1. La transcription ou la mention sont toujours suffisantes pour la publicité de la renonciation elle-même, c'est-à-dire pour la publicité de l'acte entraînant extinction du droit de suite attaché à l'hypothèque. Mais la femme peut en outre subroger l'acquéreur dans le droit de préférence ; alors, pour la publicité de cette subrogation, l'acquéreur doit en outre prendre inscription dans les conditions du § 5 de la loi. Voir *infra*, chap. iv.

d'aliénation, une mention sommaire de la renonciation, et délivre un certificat constatant l'accomplissement de cette formalité ¹.

210. La loi ne détermine pas davantage quelles sont les énonciations que doit contenir la mention. On doit en conclure qu'aucune n'est prescrite à peine de nullité, car on ne peut créer de nullité sans texte; il faudra cependant que la mention soit suffisamment claire et suffisamment explicite pour permettre aux intéressés qui la consultent de connaître la renonciation ², sans quoi il n'y aurait en réalité pas de mention, ou, si l'on préfère cette expression, il y aurait une mention inexistante; les tribunaux auraient à ce point de vue un pouvoir souverain d'appréciation. Pour éviter toute difficulté, il sera prudent de faire figurer dans la mention le nom des époux, celui de l'acquéreur, celui du notaire rédacteur de l'acte, et enfin la date de la renonciation; quant à la désignation de l'immeuble, elle est déjà connue par la transcription de l'acte de vente, au moins si la renonciation porte sur l'hypothèque grevant tous les immeubles vendus.

1. DE LAGREVOL, *loc. cit.*, p. 93.

2. En l'absence de texte, il est impossible de donner ici une formule plus précise. Pour prendre un exemple, il est certain que la mention doit contenir le nom du notaire pour donner aux tiers la possibilité de s'assurer de la validité de la renonciation; cependant, en l'absence de texte, l'omission de cette indication ne saurait entraîner la nullité, la mention se trouvant encore suffisante pour révéler aux tiers qu'une renonciation a eu lieu. Pour qu'une mention soit inexistante, il faudrait qu'elle fût assez informe pour ne pas permettre aux tiers de savoir qu'une renonciation est intervenue.

211. Conformément au droit commun, ni la transcription ni la mention ne sont astreintes au renouvellement décennal : c'est d'ailleurs surtout pour éviter la nécessité de ce renouvellement que le législateur s'est servi du registre des transcriptions, et non de celui des inscriptions, pour assurer la publicité de la renonciation.

212. De même, elles peuvent être requises par tout intéressé, aussi bien par l'acquéreur que par le mari ou même la femme. En pratique, elles le sont ordinairement par l'acquéreur, car c'est lui le principal intéressé ; la transcription de l'acte d'aliénation pourrait aussi quelquefois être requise par le mari, auquel elle est nécessaire pour la conservation de son privilège ou de son action résolutoire.

213. La loi n'a donné à l'acquéreur aucun délai pour faire publier la renonciation avec effet rétroactif au jour de l'acte d'aliénation, comme le décident l'article 2109 du Code civil et l'article 6 de la loi du 23 mars 1855 pour le privilège des copartageants et celui du vendeur. L'acquéreur peut donc, quel que soit le temps écoulé depuis l'aliénation ou depuis la renonciation, faire opérer la transcription ou la mention ; mais la renonciation ne date, à l'égard des tiers, que du jour de l'accomplissement de cette formalité ; il en est d'ailleurs ainsi en règle générale de toute transcription.

214. Il en résulte que l'acquéreur fera bien de se hâter ; car, dans l'intervalle entre ces actes et leur

« publicité, la femme, demeurée maîtresse de son hypothèque légale, pourra consentir des cessions qui primeront la renonciation faite au profit de l'acquéreur, si elles sont inscrites avant elle (c'est-à-dire avant que la renonciation ait été publiée).

« Il y a là sans doute un inconvénient auquel on pouvait remédier en fixant un délai pour faire opérer la transcription ou la mention marginale ; mais nous croyons que le législateur de 1889 a été mieux inspiré en ne le faisant pas ; car, en protégeant l'acquéreur par ce moyen contre la mauvaise foi de la femme, on exposerait les cessionnaires de l'hypothèque de celle-ci à un danger analogue, la femme pouvant anéantir l'effet de ces cessions par une renonciation à son hypothèque au profit de l'acquéreur, du moment où cette renonciation eût été rendue publique la première. Il n'y avait donc à venir en aide ni aux uns ni aux autres, mais à laisser à la vigilance de chaque intéressé le soin de sauvegarder ses droits ¹. »

215. — 2° Lorsque la transcription ou la mention sont ainsi effectuées, la renonciation est valable *erga omnes*. Mais qu'advierait-il si elles ne l'étaient pas ?

216. — Leur seul effet étant de rendre la renonciation opposable aux tiers, la renonciation n'en serait pas moins pleinement valable en elle-même à l'égard des parties contractantes.

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1814.

Bien que les termes de la loi paraissent la contredire ¹, cette solution est à l'abri de toute contestation.

D'un côté, en effet, ainsi que le dit fort justement M. Escobiac ², « la transcription n'a jamais été considérée, dans notre Droit moderne, comme un élément « soit essentiel, soit même secondaire, de la formation « d'un contrat quelconque. L'aliénation d'un immeuble, même non transcrite, ne laisse pas d'être valable entre les parties contractantes ». Il doit en être de même de la renonciation : par sa nature même, la transcription est, en effet, uniquement une formalité de publicité, et rien ne permet de supposer que le législateur de 1889 ait entendu bouleverser sur ce point les règles fondamentales de notre droit.

D'un autre côté, cette intention même du législateur a été maintes fois mise en lumière dans les travaux préparatoires qui viennent ici corriger l'inexactitude des termes de la loi. Qu'il nous suffise de citer ce passage du rapport de M. Merlin ³ « En « ordonnant la transcription de l'acte d'aliénation qui « contient la renonciation, ou la mention en marge de « cette transcription si la renonciation a été consentie « par acte distinct, on organise une *publicité qui met « les tiers à l'abri de toute surprise.* »

1. *Supra*, n° 202.

2. ESCOBIAC, p. 127.

3. Rapport Merlin, annexes au Sénat, n° 37, p. 8 (*J. off.*, 8 avril 1888). Nous avons déjà eu à citer le texte d'où est extrait ce passage *Supra*, n° 88.

217. — Mais, en l'absence de transcription ou de mention, la renonciation ne serait pas opposable aux tiers.

Quels sont donc les tiers qui peuvent ainsi se prévaloir de l'inaccomplissement de ces formalités ?

La question est souvent assez délicate, et cependant la loi de 1889 ne nous donne sur elle aucune indication.

218. — Différents textes ont figuré successivement sur ce point dans les divers projets qui ont été présentés au Parlement.

219. — La rédaction primitive proposée par les notaires était ainsi conçue :

« Le concours de la femme à l'aliénation consentie par le mari ¹. . . . emporte l'extinction de l'hypothèque légale sur l'immeuble aliéné *erga omnes*, à partir de la transcription de l'aliénation. »

« La renonciation. . . . en faveur de l'acquéreur, si elle a lieu par acte séparé n'est opposable aux tiers acquéreurs qu'à partir du jour où la mention a été opérée. »

La première partie de ce texte mérite le reproche que nous avons déjà adressé à la loi de 1889 : elle semble signifier que la transcription est nécessaire pour la validité de la renonciation, même à l'égard des parties contractantes.

1. Entendez : « la renonciation à l'hypothèque légale ». Aujourd'hui, ce simple concours ne serait plus suffisant pour entraîner renonciation,

Quant au second paragraphe, nous avouons ne pas en comprendre la portée: il ne peut jamais en effet, au point de vue de la renonciation, s'élever de conflit entre deux acquéreurs successifs de l'immeuble ¹.

220. Le projet présenté à la Chambre, en 1881, par M. Cazot ² était beaucoup mieux rédigé, au moins à ce point de vue.

« La renonciation à son hypothèque légale..... emporte extinction de cette hypothèque.

« Elle vaut purge pour l'acquéreur, et est opposable aux créanciers subrogés par la femme dans

1. En effet, de deux choses l'une :

Ou la première aliénation n'a pas été transcrite; alors, c'est l'acquisition même qui n'est pas opposable au second acquéreur, qui a fait transcrire son contrat.

Ou la première aliénation a été transcrite; alors il faut imaginer l'hypothèse suivante, qui nous paraît être celle que les auteurs du projet avaient en vue. Le premier acquéreur fait transcrire l'aliénation, et il ne fait pas opérer la mention de la renonciation qui lui a été consentie par acte distinct. Le second acquéreur, bénéficiaire également d'une renonciation, fait publier régulièrement et l'aliénation et la renonciation. La renonciation à lui consentie sera-t-elle opposable au premier acquéreur? C'est à cette question, qui pouvait paraître séduisante, que le projet répondait affirmativement.

Mais, en réalité, cette question ne peut jamais se poser. La première acquisition est, en effet, opposable au second acquéreur, puisqu'elle a été transcrite; dès lors, quel intérêt ce second acquéreur pourrait-il avoir à se prévaloir de la renonciation à lui consentie, en faisant tomber la première, puisqu'il n'a aucun droit sur l'immeuble?

Aussi aucun conflit ne peut-il exister, relativement à la renonciation, entre deux acquéreurs successifs de l'immeuble. Le seul conflit qui puisse exister entre eux concerne la propriété même de cet immeuble: c'est précisément lui qui a été tranché par la loi de 1855, laquelle donne la préférence à l'acquéreur qui a transcrit le premier.

2. Documents parlementaires 1881, annexe à la Ch. des députés, n° 138.

« ses droits hypothécaires ¹, lorsqu'ils n'ont pas fait
« inscrire la subrogation antérieurement à la trans-
« cription du contrat de vente. . . . ou à la men-
« tion »

Ce texte avait un double avantage; d'une part, il indiquait nettement que la transcription ou la mention étaient exigées uniquement à l'égard des tiers, mais non pas à l'égard des parties elles-mêmes. D'autre part, il précisait quels étaient ces tiers qui pouvaient invoquer le défaut de publicité : c'étaient les cessionnaires ultérieurs de l'hypothèque légale.

221. Il fut cependant abandonné par la commission nommée par la Chambre pour étudier le projet. La rédaction nouvelle était ainsi conçue ² :

« La renonciation par la femme à son hypothèque légale. . . . emporte extinction de cette hypothèque et vaut purge, à partir soit de la transcription. . . . soit de la mention. . . . »

C'est cette formule qui est passée dans la loi de 1889; nous avons déjà eu à la critiquer ³.

222. Quelle a été la raison de ces diverses modifications apportées au texte législatif? Il serait assez difficile de l'indiquer, car le législateur ne s'est

1. Cette formule est trop restreinte : les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale ont bien intérêt à connaître la renonciation; mais il en est de même des créanciers bénéficiaires d'une renonciation simplement extinctive (comp. *infra*, nos 233-235), que ce texte laissait complètement de côté.

2. Rapport Brisson, annexe de la Chambre des députés, session extraordinaire 1885, n° 106.

3. *Supra*, n° 202.

jamais exprimé à ce sujet. Aussi, devant cette absence de renseignements, comme devant le silence, et même l'inexactitude dans les termes, de la loi de 1889, ne peut-on que s'en référer aux principes du droit commun.

223. Ces principes conduisent aux solutions suivantes :

224. Tout d'abord deux points sont certains :

225. Le premier, c'est que ni la femme, ni l'acquéreur¹, ni leurs héritiers ne peuvent invoquer le défaut de transcription ou de mention. Ce sont là, en effet, les parties contractantes elles-mêmes ou leurs représentants substitués à elles².

226. Le second, c'est que les cessionnaires de l'hypothèque légale peuvent l'invoquer. C'est en effet précisément pour les avertir que la femme ne peut plus disposer de son hypothèque que cette publicité a été instituée. Si donc ces cessionnaires ont fait inscrire (art. 9, l. 1855) la subrogation à eux consentie avant la transcription ou la mention marginale de la renonciation, ils peuvent l'opposer à l'acquéreur, et se prévaloir à son encontre de l'hypothèque légale, alors même que cette subrogation serait postérieure en date à la renonciation³.

1. L'acquéreur n'a d'ailleurs aucun intérêt à faire tomber la renonciation; il a, au contraire, intérêt à la maintenir.

2. Comp. *supra*, n° 216.

3. WABLE, *loc. cit.*, p. 107, n° 96. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 108, n° 1815.

Remarquons, d'ailleurs, qu'il faut toujours se garder de confondre ces tiers subrogés dans l'hypothèque légale elle-même avec les tiers

227. Mais la difficulté existe d'abord pour les créanciers ayant sur l'immeuble, au moment de la transcription de l'acte d'aliénation ¹, une hypothèque postérieure à celle de la femme ² et ensuite pour les créanciers chirographaires de la femme ³.

228. 1^o Créanciers hypothécaires postérieurs à la femme.

229. Les auteurs qui ont traité ce sujet affirment *a priori* que ces créanciers ont un intérêt évident à opposer le défaut de transcription « pour empêcher l'acquéreur d'invoquer contre eux le droit de préférence qui appartenait à la femme ⁴ ».

Pour nous, nous ne voyons pas quel peut être cet intérêt, à moins que la femme ne leur ait, à eux aussi, consenti une renonciation à son hypothèque.

Nous ne pouvons justifier cette proposition sans commencer par indiquer brièvement les effets de la

subrogés uniquement, après la renonciation consentie à l'acquéreur, dans le droit de préférence ; ceux-ci, dont nous aurons à nous occuper ultérieurement (chap. iv), n'auraient aucun intérêt à faire tomber la renonciation.

1. Quant aux hypothèques postérieures à cette transcription, elles ne peuvent jamais être opposables à l'acquéreur, en vertu, non pas de la renonciation, qui reste étrangère à cette hypothèse, mais de l'aliénation elle-même ; il en serait ainsi alors même qu'aucune renonciation n'aurait été consentie.

2. Si cette hypothèque n'est pas dispensée d'inscription, il faut supposer en outre qu'elle a été inscrite avant cette transcription ; autrement, elle ne pourrait pas encore être opposable à l'acquéreur, toujours en vertu de l'aliénation et non de la renonciation.

3. Les tiers acquéreurs ne pourraient-ils pas aussi être quelquefois intéressés à faire tomber la renonciation ? *Supra*, p. 145, n^o 219 et note 1.

4. GUILLOUARD, *op. cit.* p. 102-109, n^o 1815. — WABLE, p. 107-103, n^o 96.

renonciation dans ce cas où il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme ; ce sont les suivants : le droit de suite attaché à l'hypothèque est toujours éteint ; mais la femme conserve son droit de préférence sur le prix tant que ce prix n'a pas été payé par l'acquéreur avec son consentement ; à partir de ce paiement, l'acquéreur est subrogé dans le droit de préférence.

Par suite, tant que le prix n'a pas été payé, ces créanciers n'ont évidemment aucun intérêt à invoquer le défaut de transcription : que la renonciation existe ou n'existe pas, peu leur importe ; dans les deux cas ils sont primés par la femme.

Et, quand le prix a été payé, leur intérêt n'existe pas davantage. Si en effet ils pouvaient, par rapport à eux, faire considérer la renonciation et, par suite, la subrogation de l'acquéreur dans les droits de la femme comme inexistantes, ils empêcheraient bien l'acquéreur de produire dans l'ordre et de les primer ; mais alors la femme viendrait à sa place et recouvrerait son rang. Ils ne peuvent en effet évidemment émettre à la fois la double prétention de considérer la renonciation comme existante pour écarter la femme, et comme inexistante pour écarter l'acquéreur. Or, puisqu'ils doivent toujours être primés par quelqu'un, qu'ils le soient par la femme ou par l'acquéreur, peu leur importe.

Aussi croyons-nous que ces créanciers ne peu-

vent pas invoquer le défaut de transcription ou de mention, parce qu'ils n'y ont pas intérêt ¹.

229 bis. Et ce résultat est facile à justifier directement. Avant la renonciation, ces créanciers ont sur l'immeuble un droit réel, définitivement établi ; cette renonciation, consentie, non pas dans leur intérêt, mais uniquement dans celui de l'acquéreur, et à laquelle ils restent étrangers, ne peut donc aucunement modifier ce droit, ni en l'augmentant ni en le diminuant. Or, la transcription n'a pour but que de trancher le conflit qui peut s'élever entre deux cessionnaires d'un même droit ou, avec une renonciation extinctive, entre deux personnes ayant à profiter de l'extinction de l'hypothèque ; mais précisément ce conflit ne peut pas exister, si ces créanciers n'ont rien à perdre ou à gagner à la renonciation ².

230. Mais la femme qui a déjà consenti une renonciation à l'acquéreur peut ensuite consentir également une seconde renonciation à ces créanciers ; dès lors va apparaître pour ceux-ci un intérêt à faire tomber cette renonciation précédente : pourront-ils donc, eux aussi, invoquer le défaut de transcription ou de mention ?

1. En sens contraire, les auteurs cités n° 229, note 4.

2. Remarquons, d'ailleurs, que le droit invoqué par l'acquéreur qui, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, réclamerait sa collocation par préférence à ces créanciers, résulterait, non pas de la renonciation même à l'hypothèque légale, mais de la subrogation dans le droit de préférence, et que cette subrogation n'a pas à être transcrite. Mais, si ces créanciers pouvaient faire tomber la renonciation à l'hypothèque pour défaut de publicité, ils feraient par là même tomber la subrogation dans le droit de préférence, qui n'en est que la conséquence.

231. Deux situations peuvent se présenter :

232. Ou cette seconde renonciation est translatrice.

Alors, ces créanciers deviennent des cessionnaires de l'hypothèque légale. Ils peuvent, à ce titre, ainsi que nous venons de le voir ¹, opposer à l'acquéreur le défaut de publicité, à la condition d'avoir, de leur côté, pris inscription.

233. Ou cette seconde renonciation est simplement extinctive.

Cette situation est plus complexe que la précédente. Il importe tout d'abord de mettre en lumière l'intérêt que ces créanciers ont alors à faire tomber la renonciation consentie à l'acquéreur.

233 *bis*. Il est évident que, si un ordre vient à être ouvert sur le prix de l'immeuble, ils ont intérêt à écarter l'acquéreur, car ils ne sont plus primés par la femme ².

234. Il n'en est pas moins vrai qu'ils ne sont encore nullement intéressés à faire tomber la renonciation, à lui consentie, toutes les fois que la seconde renonciation dont ils sont bénéficiaires est antérieure à la subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence. La raison en est que l'acquéreur qui veut produire dans l'ordre au lieu et place de la femme et par préférence à eux, invoque, non pas le droit qu'il tient

1. *Supra*, n° 226.

2. *Comp. supra*, n° 229.

de la renonciation à l'hypothèque légale, dont le seul effet a été d'éteindre le droit de suite, mais bien le droit qu'il tient de cette subrogation dans le droit de préférence, et que, dans le conflit qui peut s'élever entre lui et ces créanciers, il s'agit, non pas de l'hypothèque et de la renonciation à l'hypothèque, mais uniquement du droit de préférence et de la renonciation à ce droit. Un exemple fera bien comprendre cette situation. Supposons une renonciation consentie à l'acquéreur, valable et dûment publiée : l'acquéreur n'a encore acquis aucun droit à faire valoir dans l'ordre qui pourrait être ouvert sur le prix de l'immeuble, puisque la femme a conservé pour elle le droit de préférence. De son côté, la femme peut toujours renoncer, au profit de qui elle veut, à ce droit qui lui appartient encore ; si donc elle renonce ensuite à son hypothèque légale au profit des créanciers hypothécaires postérieurs à elle, cette renonciation — à supposer toutefois qu'elle soit elle-même opposable aux tiers ¹ — aura encore pour effet d'éteindre le droit de préférence ², au moins vis-à-vis de ces créanciers, et d'empêcher ainsi l'acquéreur d'obtenir désormais à leur détriment une subrogation dans ce droit. Dès lors, lorsqu'un ordre viendra à être ouvert sur le prix de l'immeuble, ils n'auront plus à craindre d'être primés

1. Cette renonciation est opposable aux tiers dès qu'elle a acquis date certaine. *Infra*, nos 237 et 420.

2. Bien que qualifiée par la femme de renonciation à l'hypothèque, cette renonciation serait donc, en réalité, une renonciation au droit de préférence. *Comp. infra*, n° 320.

par l'acquéreur ; le résultat recherché par eux se trouvera ainsi pleinement réalisé, et cependant la renonciation à l'hypothèque consentie à l'acquéreur subsistera¹ ; quel intérêt ont-ils donc à faire tomber une renonciation qui ne les gêne aucunement ?

235. Ce n'est que lorsque la renonciation consentie aux créanciers hypothécaires est postérieure et à la renonciation consentie à l'acquéreur et à la subrogation de celui-ci dans le droit de préférence que ces créanciers ont intérêt à faire tomber cette précédente renonciation ; ils feront, par là même, tomber la subrogation dans le droit de préférence qui en est la conséquence indirecte et qui suppose son existence préalable, et ils écarteront ainsi l'acquéreur.

236. Peuvent-ils donc invoquer alors le défaut de publicité de cette renonciation ?

Nous ne voyons aucune raison pour leur refuser ce droit : ils sont en effet des tiers, exactement au même titre que les cessionnaires de l'hypothèque légale ; car, comme eux, ils sont restés étrangers à la renonciation.

237. Mais, pour opposer ainsi leur droit à l'acquéreur, soit qu'ils veuillent faire considérer la renonciation dont ils sont bénéficiaires comme antérieure à la subrogation de celui-ci dans le droit de

1. On voit ainsi que, dans cette hypothèse, la renonciation consentie à l'acquéreur se trouve ne plus guère produire d'effets.

préférence ¹, soit qu'ils viennent opposer le défaut de transcription ou de mention, doivent-ils eux-mêmes avoir pris inscription ?

La solution de cette question dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 9 de la loi de 1855 ². Si on décide que cette loi exige l'inscription des renonciations simplement extinctives, il faut admettre l'affirmative. Dans le cas contraire, — et c'est là l'opinion à laquelle nous nous sommes arrêté — il faut admettre la négative.

Au surplus, lorsque la renonciation consentie à ces créanciers a lieu dans l'intervalle écoulé entre la renonciation consentie à l'acquéreur et la subrogation de celui-ci dans le droit de préférence, elle porte, en réalité, uniquement sur ce droit de préférence ; à ce titre encore, elle n'a pas à être inscrite ³.

Nous croyons donc que ces créanciers pourront opposer leur droit à l'acquéreur, comme d'ailleurs à tout autre intéressé ⁴, sans avoir à remplir aucune condition de publicité, dès que la renonciation extinctive dont ils sont bénéficiaires aura acquis date certaine ⁵.

1. De son côté, cette subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence n'est soumise à aucune condition de publicité pour devenir opposable à ces créanciers ; il suffit qu'elle ait acquis date certaine. *Infra*, n° 464.

2. *Supra*, n°s 50-53.

3. *Infra*, n° 420.

4. Il y a là pour les tiers un danger sérieux ; il tient au caractère occulte du droit de préférence. *Comp.* chapitre IV, section II.

5. Des explications que nous venons de donner ici résulte donc la règle suivante : pour que, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble,

238. 2° Créanciers chirographaires de la femme.

Ces créanciers auraient incontestablement intérêt à faire tomber la renonciation pour empêcher que la femme, leur débitrice, ne perde l'un de ses droits. Mais le peuvent-ils ?

Nous ne le croyons pas.

En l'absence de texte, en effet, nous le répétons, nous ne pouvons que nous en référer aux principes du droit commun. Or, ces principes conduisent à décider que les créanciers sont valablement représentés par leur débiteur dans tous les actes accomplis par celui-ci, et que tous ces actes leur sont opposables par eux-mêmes. On applique notamment cette règle à la transcription elle-même, en ne permettant pas aux créanciers chirographaires de faire tomber une aliénation soumise à transcription par la loi de 1855, et non transcrite. Il doit en être de même ici, puisque aucun texte ne vient apporter d'exception.

Il est vrai que l'on reconnaît en général que, sous l'empire de l'article 9 de la loi de 1855, les créanciers chirographaires peuvent se prévaloir du défaut d'inscription des renonciations ou cessions de l'hypothèque légale ; mais la raison en est

les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme et bénéficiaires d'une renonciation extinctive à l'hypothèque légale puissent écarter l'acquéreur subrogé dans le droit de préférence, il faut et il suffit que cette renonciation ait acquis date certaine, soit avant la subrogation consentie à l'acquéreur (à condition toutefois qu'elle aussi ait acquis date certaine), soit avant la transcription ou la mention marginale de la renonciation consentie à celui-ci.

qu'en matière d'inscriptions hypothécaires, conformément à une exception au droit commun établie par les articles 2134 et 2146 du Code civil, ces créanciers sont des tiers pouvant se prévaloir de l'absence ou de l'irrégularité des inscriptions. Lorsqu'il s'agit de transcription, au contraire, cette exception n'est inscrite dans aucun texte ; on ne peut donc que revenir aux principes que nous venons d'exposer ¹.

239. Nous arrivons donc finalement à cette conclusion que seuls les tiers bénéficiaires d'une renonciation extinctive ou translatrice à l'hypothèque légale peuvent invoquer le défaut de transcription ou de mention, car seuls ils sont des tiers intéressés à faire tomber la renonciation consentie à l'acquéreur.

240. 3° Que faut-il maintenant penser de cette publicité instituée par la loi de 1889 ?

241. L'existence même de la publicité des renonciations n'est plus à justifier aujourd'hui. Il en est en effet de l'hypothèque légale comme de tout autre droit réel ; il faut que les tiers au profit desquels la femme renoncerait à son hypothèque, puissent savoir si elle n'a pas déjà disposé de son droit en l'éteignant ou en le cédant.

242. Mais deux systèmes ont été proposés pour réaliser cette publicité :

Le premier consiste à se servir du registre des

1. MOURLON, t. II, n° 1103. — BERTAULD, *Traité théorique et pratique de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme*, 2^e éd., n° 95 — WABLE, *loc. cit.*, p. 102-109, n° 97. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 109-110, n° 1815

inscriptions hypothécaires, soit que l'on oblige les intéressés eux-mêmes à requérir l'inscription de la renonciation, c'est-à-dire l'inscription et la radiation immédiate de l'hypothèque légale, soit que l'on astreigne le conservateur à la prendre d'office en recevant la transcription de l'acte contenant renonciation¹.

Le second consiste à se servir du registre des transcriptions et à utiliser, à cet effet, la transcription même de l'acte d'aliénation ; c'est lui qui a été adopté par le législateur de 1889².

243. Chacun de ces deux systèmes compte, aujourd'hui encore, ses partisans.

244. A l'appui du premier, on invoque à la fois des considérations d'ordre logique et d'ordre pratique.

D'abord, en logique, la renonciation à l'hypothèque de la femme n'est qu'une mainlevée de cette hypothèque ; cela est vrai surtout lorsqu'elle est consentie dans un acte postérieur à l'acte d'aliénation ; or, en droit commun, les mainlevées d'hypothèques se produisent par des radiations portées sur le registre des inscriptions en marge des inscriptions préexistantes. De même, la loi de 1855 fait résulter d'une

1. Dans cette seconde hypothèse, si la renonciation était consentie par acte distinct, il faudrait encore obliger les parties à la faire mentionner en marge de la transcription de l'acte d'aliénation ; ce n'est qu'ensuite que le conservateur pourrait prendre l'inscription d'office.

2. Voir, pour les discussions qui ont eu lieu au Sénat sur ce point, Sénat, 6 février 1888, *Journal officiel*, p. 110 et suivantes.

inscription la publicité des renonciations consenties à un tiers autre que l'acquéreur. Le système suivi par la loi de 1889 est donc en contradiction et avec les principes généraux de notre régime hypothécaire et avec la loi de 1855, qu'elle avait cependant pour but d'expliquer et de compléter.

Et en pratique, cette publicité de la loi de 1889 entraîne de graves inconvénients.

D'abord, elle oblige les tiers qui veulent connaître la situation hypothécaire d'un immeuble à consulter deux registres : celui des inscriptions et celui des transcriptions.

Ensuite, elle ne réalise qu'une publicité fort imparfaite ; la transcription consiste en effet dans la reproduction intégrale de l'acte d'aliénation ; or les actes de cette nature sont toujours longs et complexes ; la clause contenant renonciation se trouve perdue au milieu des autres détails de l'acte, et peut facilement échapper aux recherches.

Ce sont précisément ces raisons qui ont à bon droit déterminé le législateur de 1804 à ne pas se contenter de la transcription de l'acte d'aliénation pour la publicité du privilège du vendeur, et à obliger le conservateur à en prendre inscription d'office¹ ; il aurait dû en être de même pour la publicité de la renonciation.

245. Pour nous, nous n'hésitons pas à dire que

1. Comp. MOURLON, *De la transcription*, T. II, n° 1027.

cette solution aurait été directement à l'encontre du but que se proposait le législateur, et qu'elle n'aurait abouti à rien moins qu'à consacrer tous les inconvénients que l'on voulait éviter.

Cette inscription et cette radiation de l'hypothèque légale ne peuvent, en effet, constituer une publicité efficace sans le renouvellement décennal : autrement, lorsque dix ans se seraient écoulés depuis l'accomplissement de cette formalité, les tiers qui consulteraient le registre des inscriptions ne pourraient en trouver aucune trace ; ils seraient donc fondés à croire que la femme a conservé son hypothèque, de telle sorte que, loin de les renseigner, leurs recherches ne pourraient que les induire en erreur.

Mais ce sont précisément ces inscriptions et ces radiations multiples d'hypothèques éteintes que la pratique ne pouvait réaliser avant 1889. C'est précisément pour les éviter que la loi de 1889 a été tant réclamée et que finalement elle a été votée¹. Que l'accomplissement de ces formalités soit subordonné à une réquisition des intéressés, ou qu'il soit imposé d'office au conservateur, peu importe ; dans les deux cas, les inconvénients sont exactement les mêmes.

1. *Supra*, n° 64. — Cette nécessité de l'inscription et de la radiation aurait donc eu pour premier résultat de rendre complètement impraticable la publicité des renonciations, et, par suite, de ne laisser à l'acquéreur que le procédé de la purge pour dégrever l'immeuble.

246. C'est pourquoi, alors même que tous les arguments invoqués à l'appui de l'inscription de la renonciation seraient exacts, nous pourrions encore répondre, avec M. Boulanger, ancien directeur de l'enregistrement¹ : « En principe et en théorie pure, c'est
« le registre des inscriptions qu'il faudrait choisir ;
« car c'est lui qui est le registre général de la publi-
« cité hypothécaire à l'égard des créanciers. . . .
« Voilà la théorie. Mais qu'est-ce que vous voulez
« faire ? Une loi de facilité et non pas une loi d'en-
« traves. Eh bien, j'ai le regret de déclarer que, si
« vous employez ce procédé de la mention en marge
« des registres des inscriptions, vous allez vous heurter
« à des difficultés très graves et très sérieuses. »

247. Nous croyons même que l'on peut aller plus loin que M. Boulanger, et que ce sont ces arguments mêmes qui, en majeure partie au moins, sont inexacts.

248. D'abord, au point de vue théorique, pourquoi, en principe, la radiation d'une hypothèque figure-t-elle sur le registre des inscriptions ? Parce que cette hypothèque a été inscrite, et qu'il est logique de mentionner la radiation sur le registre qui a servi à l'inscription. Mais ici, il s'agit précisément d'une hypothèque qui n'a pas été inscrite.

1. Sénat, 6 février 1888. *Journal officiel*, p. 412. — M. Boulanger ajoutait encore, — et cette considération n'est pas sans intérêt, « qu'au point de vue des frais, le procédé de la mention sur les registres des inscriptions est infiniment plus cher. ».

Et puis, il n'est question, en droit commun, ni d'inscription d'hypothèques éteintes ni de renouvellement décennal des radiations. Et les droits des tiers sont ainsi complètement sauvegardés : pendant la période décennale qui suit l'inscription, ils voient à la fois l'inscription et la radiation ; à partir de cette période, ils ne voient plus d'inscription, et ils en concluent avec raison que l'hypothèque n'existe pas ¹.

Mais il en est tout autrement avec une hypothèque dispensée d'inscription. D'abord, pour la radier, il faudrait commencer par la faire inscrire : cette inscription d'une hypothèque éteinte et cette radiation immédiate ne seraient-elles pas déjà une formalité étrange, en dehors du droit commun ? Puis, pour ne pas induire les tiers en erreur ², il faudrait renouveler cette inscription et cette radiation tous les dix ans : ne serait-ce pas là encore une nouvelle règle exorbitante du droit commun ?

1. Il importe toutefois d'éviter ici une confusion. En droit commun, la renonciation est opposable aux tiers par elle-même, indépendamment de la radiation de l'inscription. Dès lors, ainsi que nous le supposons, les tiers qui voient une inscription radiée ou qui ne voient aucune inscription sont bien assurés que l'hypothèque n'existe pas ; mais, à l'inverse, en voyant l'inscription, ils ne peuvent pas avoir la certitude complète que l'hypothèque existe encore. Il y a là pour eux un danger qu'il aurait été facile d'éviter en décidant que la renonciation à une hypothèque inscrite n'est opposable aux tiers qu'à partir de la radiation de l'inscription ; mais le législateur ne l'a pas fait ; il y a encore là une conséquence regrettable du défaut de réglementation des renonciations aux hypothèques autres que celle de la femme. *Comp. infra*, n° 542.

2. En effet, contrairement à ce qui a lieu pour les hypothèques soumises à inscription, les tiers, en ne voyant ni inscription ni radiation, en concluent que l'hypothèque existe. *Supra*, n° 245.

249. Et c'est encore la même réponse que nous apporterons à l'argument tiré de la loi de 1855. L'inscription exigée par l'article 9 se comprend avec la renonciation translatrice, parce que l'hypothèque continue à exister; mais c'est précisément parce qu'elle ne se comprend plus avec la renonciation extinctive qu'il y avait une lacune dans la loi de 1855, et qu'une loi nouvelle était nécessaire pour la combler. Le législateur de 1889 aurait eu vraiment mauvaise grâce à imposer cette formalité, que la loi de 1855 n'avait pas pu établir, et à prétendre faire concorder deux situations totalement différentes.

250. Il faut donc reconnaître que, de toute manière et quel que fût le registre utilisé, aussi bien avec le registre des inscriptions qu'avec celui des transcriptions, on se trouvait devant un état de choses rendant inapplicables les principes du droit commun. C'était là le résultat inévitable de cette existence, si regrettable dans notre droit, d'hypothèques dispensées d'inscription, et, pour le faire cesser, c'est cette dispense même qu'il aurait fallu supprimer. Mais, à moins de vouloir modifier totalement sur ce point l'organisation de notre système hypothécaire, le législateur de 1889 ne pouvait rechercher qu'une chose : c'était d'établir une publicité bien définie et facile à réaliser; or, sous ce rapport, le système auquel il s'est arrêté était le seul vraiment pratique.

250 *bis*. — Il est vrai que les tiers ont ainsi deux

registres à consulter ; mais est-ce là pour eux une gêne bien grande ?

251. Le véritable reproche que l'on peut adresser ici à la loi de 1889, c'est la difficulté des recherches sur le registre des transcriptions, et le danger pour les tiers de ne pas apercevoir la renonciation au milieu des clauses nombreuses et diverses de l'acte d'aliénation. Cet inconvénient serait plus grave encore si, comme nous l'avons proposé, on admettait la renonciation par acte sous seing, ou si, comme nous le proposerons, on supprimait la réglementation de la renonciation tacite. Mais il pouvait être facilement évité : il n'existe, en effet, que dans le cas où la renonciation est contenue dans l'acte d'aliénation, et où la publicité résulte de la transcription même de cet acte. Mais, lorsque la renonciation a lieu par acte séparé, la publicité, consistant dans une mention marginale sommaire, apparaît clairement aux yeux de tous : pourquoi donc n'aurait-on pas généralisé cette solution et exigé la mention dans tous les cas ? C'est ce que M. Griffe³ avait proposé au Sénat ; malheureusement, ce procédé ne fit l'objet d'aucune discussion.

252. Mais, à part cette légère critique, nous ap-

1. Cette gêne légère n'est pas comparable avec les inconvénients qu'entraînerait l'inscription : n'est-ce pas d'ailleurs le cas d'invoquer la maxime qu'entre deux-maux il faut choisir le moindre ?

2. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 106-107, n° 4813.

3. Sénat, 6 février 1888, *Journal officiel*, p. 113.

prouvons pleinement le système de publicité de la loi de 1889. Désormais, l'acquéreur sait ce qu'il a à faire pour rendre la renonciation opposable aux tiers, et peut remplir facilement les formalités de publicité qui lui sont imposées. Il peut ainsi dégrever l'immeuble sans recourir à la purge, ou sans avoir à se préoccuper d'inscriptions et de radiations irréalisables d'hypothèques éteintes ; une renonciation de la femme, avec la transcription même de l'acte d'aliénation ou une simple mention en marge de cette transcription, suffit¹. Or, ne l'oublions pas, c'était là le but poursuivi par les promoteurs de la loi ; nous devons le constater, ce but a été bien réalisé.

SECTION III

Réglementation de la renonciation tacite

253. Conformément au droit commun, la renonciation consentie à l'acquéreur peut être expresse ou tacite.

1. Mais, si cette renonciation affranchit ainsi l'immeuble de l'hypothèque de la femme du vendeur, il n'en est pas moins vrai que cet immeuble peut se trouver encore grevé d'autres hypothèques occultes, provenant par exemple du chef des précédents propriétaires et inconnues de l'acquéreur. Aussi l'acquéreur n'est-il jamais assuré d'être complètement à l'abri tant qu'il n'a pas fait procéder à la purge des hypothèques dispensées d'inscription. Il y a là un inconvénient sérieux ; il ne pourrait être évité qu'en supprimant cette dispense d'inscription dont jouissent chez nous certaines hypothèques.

254. Elle est expresse lorsqu'elle est formellement consentie par la femme. Telle serait, par exemple, une renonciation ainsi formulée :

« M^{mo} X..., épouse assistée et autorisée de M. Z...
« vendeur, est intervenue et a déclaré renoncer expressément en faveur de M. Y..., acquéreur, à son
« hypothèque légale sur l'immeuble à lui vendu par le
« présent contrat. »

La femme n'est d'ailleurs pas tenue d'employer le mot même de « renonciation » : il n'y a ici aucun terme sacramentel ; il suffit que la volonté de renoncer soit clairement et expressément exprimée ; il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement si la formule employée par la femme constitue ou non une renonciation expresse ¹.

Conformément aux deux premiers paragraphes de la loi, cette renonciation expresse peut intervenir, soit dans l'acte même d'aliénation, soit dans un acte postérieur.

255. La renonciation tacite est celle qui ne résulte pas d'une déclaration formelle de la femme, mais qui s'induit nécessairement des circonstances. Elle a été réglementée très sévèrement par le législateur de 1889.

256. Avant cette époque, la loi était muette sur cette question. Aussi une jurisprudence bien établie, d'accord avec la doctrine ², se bornait-elle à appli-

1. Comp. *infra*, n° 295.

2. Mentionnons toutefois, mais pour mémoire seulement, l'opinion

quer les principes du droit commun en matière de renonciation à un droit quelconque, et décidait-elle, en conséquence, que la renonciation tacite existait toutes les fois que la femme intervenait, soit dans l'acte même d'aliénation, soit dans un autre acte, et que cette intervention ne pouvait s'expliquer que par la volonté de renoncer.

C'est ainsi que normalement le simple concours de la femme à l'aliénation d'un immeuble du mari ou de communauté était considéré comme entraînant renonciation tacite : il ne pouvait en effet ordinairement se comprendre que dans le but de donner à l'acquéreur une garantie de plus, et cette garantie ne pouvait être autre que la renonciation à l'hypothèque légale. Mais il cessait d'en être ainsi dès qu'il pouvait recevoir une interprétation différente; il est en effet de principe que la renonciation à un droit ne se présume pas, et, du moment qu'il pouvait s'expliquer en deux sens, on devait l'entendre dans le sens le moins dommageable à la femme.

Il y avait donc là avant tout des questions de fait que les tribunaux appréciaient souverainement, en mettant à profit toutes les circonstances et tous les éléments de la cause¹.

de Duranton, qui contestait la possibilité de la renonciation tacite. — DURANTON, *Droit civil*, t. xx, n° 301. — Cette opinion est d'ailleurs toujours restée isolée.

1. Sur la renonciation tacite : TROPLONG, *Des privilèges et hypothèques*, II, n° 599; — AUBRY et RAU, III, § 228 bis, texte et note 7,

257. C'est cette jurisprudence que le législateur de 1889 a entendu faire cesser en laissant moins de place à l'arbitraire du juge. Les raisons qui l'y déterminèrent sont à peu près les mêmes que celles qui l'avaient déjà décidé à exiger l'acte authentique¹.

« Au point de vue de la femme, disait M. Merlin, « rapporteur du projet au Sénat, il importe de la « protéger, d'appeler son attention, au moyen d'une « formule précise, sur l'étendue de l'engagement « qu'elle est appelée à prendre. »

Et, quant aux tiers, ajoutait-on, si l'on admet que la renonciation peut résulter de circonstances qui pourront être diversement appréciées par les tribunaux, il n'y aura pour eux aucune sécurité. Ils auront beau consulter le registre des transcriptions, ce registre leur indiquera que la femme est intervenue dans l'acte; mais il leur sera impossible de savoir si cette intervention a entraîné renonciation à l'hypothèque légale, d'autant plus que les juges pourront baser leur conviction sur des circonstances étrangères à l'acte d'aliénation, et qu'eux, tiers, ne connaîtront pas.

p. 463-464; — PONT, *Des privilèges et hypothèques*, I, n° 465; — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 42, n° 1738, et p. 111, n° 1817.

Et pour la jurisprudence: Metz, 13 décembre 1854 (Dall., 56, 2, 243); — Cass., 4 juin 1854 (S., 55, 1, 743); — Cass., 6 novembre 1855 (Dall., 55, 1, 449); — Cass., 30 juin 1856 (Dall., 57, 1, 493, et S., 57, 1, 260); — Cass., 9 février 1859 (S., 60, 1, 647); — Cass., 26 août 1862 (Dall., 62, 1, 344, et S., 62, 1, 290); — Cass., 12 février 1868 (Dall., 68, 1, 346); — Lyon, 6 mars 1880, et Cass., 22 novembre 1880 (Dall., 81, 1, 158, et S., 81, 1, 473).

1. Sénat, 6 février 1838, *Journal officiel*, p. 114-117.

258. Ce fut pour répondre à ces deux considérations que le Sénat, modifiant le projet voté par la Chambre des députés, adopta la disposition suivante, qui est devenue le troisième paragraphe de notre loi :

« En l'absence de stipulation expresse, la renon-
« ciation par la femme à son hypothèque légale ne
« pourra résulter de son concours à l'acte d'aliéna-
« tion que si elle stipule, soit comme covenderesse,
« soit comme garante ou caution du mari. »

Désormais, les clauses pouvant entraîner renonciation tacite sont donc nettement et limitativement déterminées. De même que pour l'acte authentique, c'est là une règle édictée à la fois dans l'intérêt de la femme et dans celui des tiers.

259. Nous aurons toujours trois questions à examiner ici :

1° Dans quels cas y a-t-il renonciation tacite ?

2° Quelle est la sanction de cette prescription ?

3° Que faut-il en penser ?

260. 1° Dans quels cas y a-t-il renonciation tacite ?

261. Cette renonciation suppose la réunion de trois conditions :

1° La femme doit « concourir » à l'acte d'aliénation.

2° Dans cet acte, elle doit prendre un engagement.

3° Cet engagement doit consister dans une stipulation de « covenderesse, garante ou caution » du mari.

262. 1° Que faut-il entendre par cette expression « concourir à l'acte d'aliénation ».

263. Une analyse, assez subtile évidemment, mais exacte cependant, paraît conduire à faire une distinction entre le concours et le simple consentement. Concourir à un acte, c'est jouer un rôle actif dans cet acte même ; y consentir, c'est simplement l'approuver, soit au moment même de sa confection, soit antérieurement, soit postérieurement.

Est-ce donc en ce sens que l'on doit entendre le concours exigé par la loi, et doit-on opposer ainsi le concours au simple consentement ? Un doute pourrait naître dans l'esprit si l'on rapprochait la rédaction du paragraphe 3 de celle du paragraphe 5, qui, au sujet de la participation de la femme à la quittance du prix, vise expressément le « concours » ou le « consentement » de la femme.

Nous n'hésitons pas cependant à affirmer qu'il faut considérer ces deux expressions comme synonymes ¹. Qu'importe en effet que la femme se porte covenderesse, garante ou caution dans l'acte même d'aliénation ou dans un autre acte ? Dans les deux cas, son intention de renoncer n'apparaît-elle pas au même titre ? Rien d'ailleurs dans les travaux préparatoires n'autorise cette distinction illogique ; et, quant au texte même de la loi, sa rédaction, ici comme partout ailleurs, est loin d'être assez précise

1. WABLE, *loc. cit.*, n° 41.

pour permettre de lui donner une interprétation aussi littérale et aussi subtile.

264. Ce concours ou ce consentement, la femme peut le donner soit elle-même, en figurant personnellement dans l'acte d'aliénation ou dans tout autre acte pour prendre l'une des qualités exigées par la loi, soit par mandataire : dans ce dernier cas, nous l'avons vu, le mandat doit être authentique ; il devrait de même contenir une procuration expresse de renoncer, ou au moins une procuration de se porter co-vendeur, garant ou caution.

265. Il arrive quelquefois en pratique que « la
« femme n'intervient à l'acte d'aliénation ni par elle-
« même ni par mandataire, mais que le mari se porte
« fort qu'elle renoncera à son hypothèque au profit de
« l'acquéreur, et qu'elle ratifie ensuite cet engage-
« ment pris en son nom par le mari. Cette ratification
« sera régie par la règle ordinaire de toute ratifica-
« tion : valable *inter partes* à dater du jour de la
« promesse faite par le mari, elle ne produira effet à
« l'égard des tiers que du jour où elle s'est produite,
« car elle ne peut rétroagir à leur préjudice. Leur
« droit s'est fixé sur l'immeuble à un moment où la
« femme n'avait pas encore renoncé à son hypo-
« thèque ; elle ne peut ensuite y renoncer au préju-
« dice du droit qu'ils ont acquis ¹. »

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 412, n° 1818. En ce sens : WABLE, *loc. cit.*, n° 42.

266. 2° La seconde condition de la renonciation tacite, c'est que la femme ne se borne pas à consentir à l'aliénation, mais qu'elle y joue un rôle plus actif. La loi dit qu'elle doit « stipuler » ; il aurait peut-être été plus exact de dire « s'engager », car « stipuler », c'est acquérir un droit (art. 1119-1122, C. c.), et la femme intervient précisément pour renoncer à un droit ; mais ce qui est certain, c'est qu'elle doit prendre un engagement vis-à-vis de l'acquéreur.

C'est là une idée qui a souvent été mise en lumière lors de la discussion de la loi, et qui paraît même dominer toutes les explications que le législateur a données sur la renonciation tacite. « Si la « femme renonce à son hypothèque légale implicite-
« ment, disait M. Merlin au Sénat, il faut que cette
« renonciation résulte *d'un engagement pris par la*
« *femme* vis-à-vis de l'acquéreur ². » — « La renon-
« ciation implicite de la femme ne peut être que la
« conséquence d'une *obligation expresse* contractée
« par la femme envers l'acquéreur ². » — « Ce
« simple concours ne suffisant pas, il fallait qu'il se
« traduisît *par une obligation nette, précise et for-*
« *melle* ³. »

C'est ainsi que la seule assistance de la femme à

1. Sénat, 6 février 1888, Journal officiel, p. 116.

2. Rapport Merlin au Sénat, Journal officiel, 8 avril 1888, annexe du Sénat, n° 37, p. 9

3. Sénat, 6 février 1888, Journal officiel, p. 103.

l'acte d'aliénation, la simple signature qu'elle apposerait au bas de cet acte, ou même cette signature suivant les mots « bon et approuvé », ne pourraient entraîner renonciation tacite. Ce sont là, d'ailleurs, les exemples mêmes donnés lors de la discussion de la loi devant le Sénat ¹.

267. 3° Enfin, il ne suffit pas que la femme prenne un engagement quelconque envers l'acquéreur ; il faut qu'elle s'engage à l'un ou à l'autre des trois titres indiqués par le texte de la loi, soit comme « covenderesse », soit comme « garante ou caution du mari ».

268. Ces trois formes d'engagements présentent un caractère commun : dans tous, « la femme intervient dans l'acte d'aliénation pour garantir à l'acquéreur, l'exécution de son contrat, soit en prenant la qualité de covenderesse, ce qui l'oblige à la garantie de droit vis-à-vis de l'acquéreur, dans les termes des articles 1625 et suiv., soit en garantissant personnellement l'exécution des engagements que le contrat de vente impose à son mari ². »

369. Examinons chacune d'elles en particulier.

1. Sénat, 6 février 1888, Journal officiel, p. 116.

2. GUILLOUARD. *op. cit.*, n° 1820, I. — Observons toutefois qu'il n'est pas nécessaire que la femme emploie les expressions mêmes de « covenderesse, garante ou caution » ; il n'existe en effet aucun terme sacramentel. Les tribunaux, pour décider que la femme a renoncé à son hypothèque, doivent donc constater que la femme a pris l'une des qualités que nous venons d'énumérer, mais ils apprécient souverainement, d'après l'intention des parties, l'existence de cet engagement. *Infra*, n° 295.

270. *a. Femme covenderesse.* Ainsi que nous venons de le dire, cette qualité oblige la femme à garantie vis-à-vis de l'acquéreur; il est naturel d'en conclure qu'elle s'interdit par là le droit de faire valoir son hypothèque à son encontre pour l'évincer. « La femme qui s'oblige à garantie, dit avec raison « M. Labbé, renonce à évincer; elle renonce implicitement à son hypothèque légale, et contracte en « même temps une obligation beaucoup plus étendue « et plus onéreuse ¹. »

271. Cet engagement paraît viser particulièrement le cas où la vente porte sur un immeuble de communauté ou encore sur un immeuble indivis entre le mari et la femme ²: la femme peut alors, rationnellement, se porter covenderesse, puisqu'elle est copropriétaire.

Mais la femme pourrait aussi prendre cette qualité dans la vente d'un immeuble propre au mari. Elle se servirait alors, à proprement parler, d'une expression inexacte: elle ne peut être covenderesse puisqu'elle n'a aucun droit de propriété. Il n'en est pas moins vrai que l'on pourrait toujours voir dans cet engagement une renonciation tacite. Aucun doute ne peut exister en effet sur l'intention de la femme: pourquoi interviendrait-elle ainsi à un contrat où sa présence n'est nullement nécessaire, si ce n'est pour

1. LABBÉ, *Examen doctrinal*, Revue critique 1881, p. 341.

2. Pour ce qui concerne l'aliénation d'un immeuble indivis, comp. *infra*, n° 291, note.

renoncer à son hypothèque? Et, quant au texte de la loi, il est bien évident que cette situation rentre expressément dans les termes de notre paragraphe ¹.

272. Nous avons admis que la loi de 1889 est applicable, non seulement à la vente, mais aussi aux autres contrats entre vifs transférant la propriété de l'immeuble². Si, dans un de ces contrats, la femme se porte coaliénatrice, cette qualité peut-elle entraîner renonciation tacite à l'hypothèque légale?

273. L'affirmative est certaine pour tous les contrats à titre onéreux, entraînant garantie ³. Tel est le cas de l'échange, de la dation en paiement, de l'apport en société, de la transaction translatrice de propriété.

En se portant ainsi coaliénatrice, la femme s'oblige en effet comme garante; or, cette obligation de garantie peut entraîner renonciation à l'hypothèque. (Par. 3, l. 1889.)

Il y a même une raison de plus pour l'échange et la dation en paiement: pour l'échange, l'article 1707 C. c. renvoie formellement aux règles de la vente; pour la dation en paiement, on est d'accord pour reconnaître qu'il faut, à défaut de textes spéciaux, lui appliquer aussi les règles de la vente, car c'est de ce contrat qu'elle se rapproche le plus.

274. Mais, doit-on admettre la même solution

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 51. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820, II.

2. *Supra*, nos 134 et suivants.

3. WABLE, *loc. cit.*, nos 54-57. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820, IV.

lorsque la femme intervient, non plus dans un acte à titre onéreux, mais dans un acte à titre gratuit, alors qu'elle se porte « codonatrice » ?

Il y a une hypothèse où il n'existe pas de difficulté : c'est celle où il s'agit, non pas d'une donation simple, mais d'une constitution de dot. L'obligation prise par la femme entraîne alors pour elle obligation de garantie, et, à ce titre, peut encore emporter renonciation tacite à l'hypothèque.

274 *bis*. Reste donc la donation ordinaire, qui, elle, à proprement parler, n'entraîne pas garantie. La question est ici plus délicate.

Avant la loi de 1889, on considérait encore généralement cette intervention comme une renonciation à l'hypothèque. Cette solution reposait sur le pouvoir général d'interprétation donné aux tribunaux pour rechercher l'intention de la femme : il était naturel de voir, dans la participation de celle-ci à la donation, un engagement de ne pas évincer l'acquéreur.

Mais, précisément, la loi nouvelle a supprimé ce pouvoir d'interprétation en énumérant limitativement¹ les obligations desquelles la renonciation tacite peut résulter. Or, dans cette énumération ne figure pas l'obligation prise par la femme en qualité de codonatrice : peut-on y voir néanmoins une renonciation à l'hypothèque ?

1. *Infra*, nos 282-283.

Nous croyons que l'on peut encore répondre affirmativement ¹.

En effet, si, à proprement parler, et dans le sens restreint du mot, la femme codonatrice ne s'est pas engagée comme « garante », elle n'en est pas moins « garante » de ses faits personnels ². Cela suffit pour que l'on puisse encore appliquer, dans son texte comme dans son esprit, la loi de 1889, qui permet de faire résulter la renonciation tacite d'un engagement de la femme comme garante.

275. Et toutes ces solutions, aussi bien pour la donation que pour les autres contrats, sont fort rationnelles. Si, en effet, on admet l'extension de la loi de 1889 aux contrats autres que la vente, il est logique de leur appliquer toutes les dispositions de cette loi qui ne sont pas en contradiction avec leur nature même, et, spécialement au point de vue de la renonciation tacite, de considérer l'expression « covenderesse » comme synonyme de « coaliénatrice ».

276. *e. Femme garante.* — Le second cas de renonciation tacite, c'est celui où la femme s'oblige comme « garante ». Nous venons déjà d'en voir plusieurs applications.

« Rien de plus légitime que cette solution, qui n'est, d'ailleurs, que la généralisation de celle donnée à propos de la qualité de covenderesse de

1. WABLE, *loc. cit.*, n° 57. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820, IV.

2. DEMOLOMBE, *Cours de Droit civil*, XX, n° 550.

« la femme ; comme nous venons de le dire, si la
« femme covenderesse est réputée renoncer à son
« hypothèque légale, c'est à raison de l'obligation de
« garantie dont elle est tenue vis-à-vis de l'acquéreur,
« et il doit en être de même toutes les fois qu'elle
« prend, dans un contrat quelconque, l'obligation de
« garantie envers l'acquéreur du bien grevé de son
« hypothèque légale. » Il n'y a là qu'une application
« de la maxime : qui doit garantie ne peut évincer¹. »

277. *γ Femme caution du mari.* — Le projet de la commission ne mentionnait pas cette dernière forme du concours de la femme. C'est à un amendement de M. Lisbonne qu'est due l'introduction du mot. « caution » dans le texte du paragraphe 3. Pourquoi ? Nul ne s'est expliqué à cet égard, ni le rapporteur de la commission, ni l'auteur de l'amendement ; et cependant la question est assez délicate².

278. M. Escobiac s'élève avec force contre cette disposition, qu'il considère comme une violation regrettable des principes jusqu'à ce jour appliqués en matière de cautionnement. Le cautionnement, dit-il, est un engagement essentiellement personnel ; la caution s'engage sur tous ses biens d'une manière générale, mais elle conserve l'intégralité de son patrimoine ; or, la loi de 1889 fait perdre à la femme un droit spécial et déterminé. D'autre part, l'obligation de la caution n'est que subsidiaire : la caution, à

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820, v.

2. Sénat, 6 février 1888, *Journal officiel*, p. 114 et suivantes.

moins d'avoir renoncé à ce droit, peut exiger que le créancier discute les biens du débiteur principal, avant de rien lui réclamer, à elle ; la loi de 1889 fait perdre à la femme son hypothèque, sans que l'acquéreur ait à poursuivre le mari, débiteur principal ; elle méconnaît ainsi le double caractère personnel et subsidiaire de l'obligation de la caution.

Cela est tellement vrai que, si le mari emprunte une somme d'argent, et si la femme cautionne le prêt, de l'aveu de tous, ce cautionnement ne peut entraîner l'abandon de l'hypothèque légale. Pour quoi donc en est-il autrement lorsque la femme cautionne une aliénation faite par le mari ? « Son engagement dans le second cas ne change pas de nature ; il a le même caractère que dans le premier¹. »

279. Ce raisonnement, qui n'est pas nouveau, ne nous semble nullement fondé. Ce n'est pas sans un certain étonnement qu'on le trouve déjà signalé d'une manière très nette dans le *Traité de la vente* de Pothier, et que l'on voit Pothier lui donner une réponse décisive dans ce passage que l'on croirait écrit par un jurisconsulte d'aujourd'hui :

« La caution, dit Pothier², à qui j'oppose l'exception de garantie, pourrait-elle m'opposer qu'en sa qualité de caution, elle n'est tenue de l'exception de garantie que *subsidiairement au vendeur* qui en

1. ESCOBIAC, p. 488 et suivantes.

2. POTHIER, *De la vente*, n° 177.

« est le principal débiteur, qu'elle a le *bénéfice de discussion*, et que je dois me pourvoir contre le vendeur avant que je puisse lui opposer l'exception de garantie ?

« Non, car la caution ne peut opposer le bénéfice de discussion que lorsque le débiteur principal peut acquitter la dette. Mais, dans l'espèce proposée, l'obligation de garantie dont le vendeur est le débiteur principal et à laquelle la caution a accédé n'étant autre chose que celle de me défendre, et de faire cesser toutes les actions que l'on pourrait donner contre moi pour me faire délaisser la chose qui m'a été vendue, c'est une obligation qui ne peut être, dans l'espèce proposée; acquittée par mon vendeur qui en est le débiteur principal, et qui ne peut l'être que par la caution puisqu'il n'y a qu'elle qui puisse faire cesser l'action qu'elle intente de son chef contre moi en abandonnant cette action. »

Pothier va même plus au fond de l'objection que M. Escobiac, et sa réponse n'est pas moins décisive : « On opposera que, s'il n'est pas au pouvoir de mon vendeur d'acquitter l'obligation primitive, il est de son pouvoir d'acquitter l'obligation secondaire, qui consiste à me payer les dommages-intérêts qui résulteront de l'éviction, et que, tant qu'il est en son pouvoir de l'acquitter, je ne puis me pourvoir contre la caution. La réponse est que l'obligation productive de la garantie ne doit être convertie en obligation secondaire de dommages-intérêts que

« dans le cas où elle ne pourrait être acquittée par
« tous ceux qui y sont tenus ; que, cette obligation
« primitive dont la caution est tenue pouvant être
« acquittée par la caution en la faisant déclarer non
« recevable dans la demande qu'elle a intentée de
« son chef, on doit l'y déclarer non recevable plutôt
« que de convertir l'obligation primitive de la ga-
« rantie en l'obligation secondaire de dommages-
« intérêts. »

Et effectivement, ainsi que cela résulte très clairement de l'observation judicieuse de Pothier, bien que simple caution, la femme se trouve nécessairement et par la force même des choses tenue, et tenue d'une manière principale, de l'obligation de garantie qui l'oblige à ne pas évincer l'acquéreur vis-à-vis duquel elle s'est portée caution. C'est ce que n'a pas vu M. Escobiac, et c'est ce qui explique la différence entre le cautionnement d'une aliénation et le cautionnement d'un prêt, la femme pouvant parfaitement, dans ce dernier cas, conserver son hypothèque sans avoir à évincer le tiers envers lequel elle s'est engagée comme caution ¹.

279 *bis*. D'ailleurs, en pratique, voici à quel résultat on en arriverait en refusant de voir dans ce cautionnement une renonciation à l'hypothèque légale. La femme n'a intérêt à faire valoir son hypothèque à

1. En ce sens : WABLE, *loc. cit.*, nos 60-61. — GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820, VI.

l'encontre de l'acquéreur que si le mari est insolvable; l'acquéreur évincé par elle exercerait donc son recours contre le mari, son vendeur; il le trouverait également insolvable, et finalement se retournerait encore contre la femme, après avoir discuté vainement les biens du mari. Ce circuit d'actions est évidemment inadmissible.

280. Cette disposition de la loi de 1889 doit donc être approuvée, aussi bien au point de vue théorique qu'au point de vue pratique. Ainsi que le remarque fort justement M. Guillouard, elle n'est encore, au fond, « qu'une application à l'hypothèse « particulière du cautionnement des principes de la « garantie; et c'est en réalité dans cette idée que se « résume toute l'économie de la loi nouvelle : toutes « les fois que la femme sera garante de l'obligation « prise par son mari vis-à-vis de l'acquéreur, elle sera « présumée avoir renoncé en faveur de celui-ci à son « hypothèque légale; et la loi fait elle-même deux applications de ce principe, l'une au cas où la femme s'est « obligée comme covenderesse, l'autre au cas où elle « s'est obligée comme caution ¹. »

281. Les cas de renonciation tacite prévus par le paragraphe 3 de la loi de 1889 étant ainsi déterminés, nous avons maintenant deux questions à examiner :

1° Ces trois cas sont-ils les seuls ?

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820 v

2° Dans ces cas, la renonciation à l'hypothèque légale résulte-t-elle toujours et nécessairement de l'engagement pris par la femme?

282. Il est certain que les termes du § 3 sont limitatifs, et que la renonciation ne saurait s'induire de circonstances autres que celles prévues par la loi¹.

Cette solution résulte avec évidence des termes mêmes employés par le législateur : « la renonciation. . . ne pourra résulter de son concours à l'acte d'aliénation que si . . . »

Et les travaux préparatoires viennent encore, s'il en était besoin, accentuer la portée de ce texte.

Le projet voté par la Chambre en 1885 se contentait, en effet, du simple concours de la femme, à un titre quelconque, à l'acte d'aliénation; il était ainsi conçu :

« En l'absence de stipulation contraire, cette re-

1. WABLE, *loc. cit.*, — GUILLOUARD, *op. citat.*, n° 1819.

A lire cependant certains passages des travaux préparatoires, on pourrait en douter. C'est ainsi que ce n'est pas sans un certain étonnement que l'on trouve dans la bouche de M. Merlin, rapporteur du projet de loi au Sénat, expliquant la portée de ce paragraphe 3, des paroles comme celles-ci : « Elle (la femme) écrit au bas d'un acte d'aliénation « approuvé », et elle signe. Est-ce là une renonciation implicite à son hypothèque légale? Nous disons non *a priori*, à moins qu'il n'y ait des circonstances particulières qui viennent démontrer qu'en apposant au bas de l'acte ce mot « approuvé » et en signant, elle ait eu en réalité l'intention de renoncer à son hypothèque légale. » (SEN, 6 février 1888, *Journal officiel*, p. 116.)

Devant le texte formel de la loi et les raisons qui l'expliquent, il est évident qu'il n'y a là qu'une phrase malencontreuse échappée au rapporteur, et à laquelle, il ne faut pas s'arrêter.

« nonciation résulte du concours de la femme à l'acte
« d'aliénation ¹. »

Nous avons déjà eu à indiquer les raisons qui avaient déterminé la commission du Sénat à le modifier, ainsi qu'à changer la jurisprudence alors existante. La commission pensait que cette formule, trop large, prêterait toujours à des discussions, et que, pour les éviter, il était utile, dans l'intérêt de la femme comme dans celui des tiers, d'indiquer nettement les circonstances qui pourraient entraîner renonciation tacite ² ; elle proposait en conséquence la rédaction suivante :

« En l'absence de stipulation expresse, la renon-
« ciation par la femme à son hypothèque légale au
« profit de l'acquéreur, résulte de son concours à
« l'acte d'aliénation, soit comme covenderesse, soit
« comme garante solidaire. »

Les raisons de cette disposition n'en indiquaient-elles pas déjà suffisamment le caractère limitatif ?

Bien plus, au cours de la discussion au Sénat, cette rédaction ne parut pas encore assez précise ; c'est alors que M. Lisbonne proposa, sous forme

1. *Supra*, nos 82-83.

2. *Supra*, nos 91 et 257.

M. Merlin résumait en partie ces raisons dans les paroles suivantes :
« La commission du Sénat a pensé que ce simple concours offrirait toujours matière à discussion, soulèverait des appréciations qui pourraient être diverses suivant les cas et suivant les tribunaux ; qu'il n'offrirait par conséquent aucune certitude. » (Sénat, 6 février 1888, *Journal officiel*, p. 108.)

d'amendement, le texte qui est devenu le texte définitif de la loi de 1889. Voici comment il expliquait l'utilité de cette modification :

« Voici quelle a été ma pensée : j'ai voulu donner
« un peu plus de relief à la portée limitative du projet
« de loi ¹. »

Peut-on être plus formel ?

283. « De là résulte une conséquence importante,
« dit M. Guillaouard, c'est que les tribunaux n'auront
« en cette matière aucun pouvoir discrétionnaire
« pour rechercher si, en dehors de l'engagement per-
« sonnel pris par la femme à l'un des titres que nous
« venons d'indiquer, elle n'a pas voulu néanmoins
« renoncer à son hypothèque légale. Leur rôle est
« uniquement le suivant : examiner si la femme a
« figuré à l'acte d'aliénation, et si elle s'y est
« engagée à l'un des trois titres que nous venons
« d'indiquer ; et, dans le cas de la négative, ils
« doivent décider qu'elle a conservé son hypothèque
« légale, quelles que soient les circonstances de la
« cause et la nature de l'engagement pris par elle ², »
alors même, pourrait-on ajouter, que son intention
de renoncer leur paraîtrait évidente.

284. Mais, si la renonciation tacite ne peut ainsi
résulter que de circonstances limitativement prévues

1. Sénat, 5 février 1888, *Journal officiel*, p. 114.

2. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 114, n° 1820. En ce sens : ESCOBIAZ, *op. cit.*, p. 141. — TISSIER, *op. cit.*, p. 643. — DALMBERT, *De la purge des privilèges et hypothèques*, appendice, I, n° 4. — WABLE, *loc. cit.*, p. 45-47, nos 44-45.

et énumérées par la loi, n'existe-t-il pas dans la loi elle-même un quatrième cas de renonciation tacite ?

285. MM. Dalloz¹ croient le trouver dans le dernier paragraphe, ainsi conçu : « Le concours ou le « consentement donné par la femme soit à un acte « d'aliénation contenant quittance totale ou partielle, « soit à l'acte ultérieur de quittance totale ou partielle, « emporte même, à due concurrence, subrogation à « l'hypothèque légale sur l'immeuble vendu vis-à-vis « des créanciers hypothécaires postérieurs en rang. » Ne résulte-t-il pas de là que ce concours ou ce consentement entraîne aussi renonciation tacite² ?

286. Le texte de la loi paraît favoriser cette interprétation. Nous croyons cependant, avec tous les auteurs, qu'il ne faut pas hésiter à la rejeter.

287. D'un côté, en effet, cette solution serait souverainement illogique.

Elle conduirait à décider que, dans cette hypothèse, la renonciation existe indépendamment de tout engagement exprès pris par la femme. Le seul consentement de celle-ci au paiement, sa simple signature sur la quittance suffiraient. Et les tribu-

1. DALLOZ, *Suppl. au rép., Privilèges et hypothèques*, n° 559.

2. Voici quelles sont les conséquences que MM. Dalloz attribuent à cette renonciation tacite : « Si la quittance est totale, la femme, en y intervenant, renoncera tout à la fois à son droit de suite et à son droit de préférence ; si la quittance n'est que partielle, son consentement à la quittance emportera l'abdication absolue de son droit de suite, mais laissera subsister son droit de préférence sur la partie du prix restant due. » Étant donnée l'opinion de MM. Dalloz, il est évident que ces conséquences s'imposaient.

naux pourraient même, conformément au droit commun, faire résulter ce consentement de circonstances de fait qu'ils apprécieraient souverainement. Ce serait prendre exactement le contre-pied des raisons qui ont déterminé le législateur à réglementer la renonciation tacite.

Bien plus, en principe, la renonciation a uniquement pour effet d'éteindre le droit de suite attaché à l'hypothèque ; mais elle laisse subsister le droit de préférence sur le prix. Or, cette renonciation tacite, résultant du consentement de la femme au paiement, éteindrait nécessairement le droit de préférence comme le droit de suite. Dès lors, comprendrait-on que, dans le premier cas, le législateur ait voulu soigneusement protéger la femme en exigeant qu'elle prenne une qualité de nature à éveiller son attention, et que, dans le second, bien plus dangereux pour elle cependant, il ait renoncé à toute garantie ?

288. D'un autre côté, les travaux préparatoires et la place même occupée par ce texte révèlent clairement qu'il s'agit ici, non pas d'une renonciation à l'hypothèque légale, mais uniquement d'une renonciation au droit de préférence seul. Nous aurons à revenir sur cette disposition en étudiant ce droit de préférence ¹, nous pouvons cependant en indiquer dès maintenant la signification. La renonciation à l'hypothèque légale a éteint le droit de suite, mais

1. *Infra*, 447-452.

a laissé subsister le droit de préférence. Eh bien, si postérieurement à cette renonciation, la femme consent au paiement du prix, ce consentement emporte extinction de ce droit de préférence (§ 4, l. 1889), et même subrogation dans ce droit, s'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme ¹ (§ 5, l. 1889). C'est là la vraie et la seule portée des deux derniers paragraphes de la loi, qui tous deux supposent que la femme a déjà préalablement renoncé à son hypothèque légale, soit expressément, soit tacitement, conformément au § 3, mais qui n'ont nullement trait à cette renonciation à l'hypothèque ².

289. Les trois cas énumérés par le § 3 sont donc les seuls desquels puisse résulter la renonciation tacite.

290. Mais, à l'inverse, ces engagements n'entraînent pas toujours et nécessairement renonciation à l'hypothèque légale.

Ainsi que le dit M. Guillouard, « les juges pourront « toujours, après avoir reconnu que la femme s'est engagée en l'une ou l'autre des trois qualités prévues « par la loi de 1889, dire que, malgré cela, elle n'a pas

1. Comment, d'ailleurs, dans l'opinion de MM. Dalloz, pourrait-on expliquer cette mention spéciale des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, qui figure dans le texte ? En résulterait-il que cette renonciation tacite ne peut avoir lieu que s'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme ? Mais quel pourrait être le motif de cette disposition ?

2. En ce sens, les auteurs cités n° 452, note.

« entendu renoncer à son hypothèque légale. Sans
« doute, de pareilles hypothèses sont rares, et il est
« peu probable que la femme qui prend vis-à-vis de
« l'acquéreur un engagement personnel, ne renonce
« pas en même temps à son hypothèque légale sur
« l'immeuble aliéné. Néanmoins, la chose n'est pas
« impossible, et les juges qui constatent, dans
« l'acte, cette volonté de la femme devront proclamer
« qu'elle a conservé son hypothèque légale ¹. »

Cette solution résulte et du texte de la loi et des motifs qui l'ont inspiré. La loi ne dit pas que la renonciation « devra résulter » de la stipulation de la femme; mais seulement qu'elle « pourra » en résulter. Et quant aux motifs, le législateur s'est principalement proposé de protéger la femme en appelant son attention sur la renonciation consentie par elle, mais il n'a jamais entendu la contraindre à renoncer malgré elle ².

291. Mais, si la femme prétend ainsi s'être réservé son hypothèque légale nonobstant l'engagement par elle pris, ce sera à elle d'en apporter la preuve; car la conséquence logique et normale de cet

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 1820. — En ce sens : DALMBERT, *op. cit.*, p. 344; — WABLE, *loc. cit.*, p. 46, n° 45.

2. Il est vrai qu'ainsi l'existence de la renonciation ne présentera plus cette certitude mathématique sur laquelle paraissait compter le législateur. C'est là d'ailleurs un résultat qu'il est matériellement impossible de réaliser, à moins d'exiger pour la renonciation une formule sacramentelle, ce que le législateur n'a jamais songé à faire. (Comp. *infra*, n° 295.)

engagement, c'est, ainsi que nous l'avons montré, de l'empêcher d'évincer l'acquéreur.

L'art. 1341 C. c. pourra lui rendre cette preuve fort difficile ¹.

291 *bis*. Quelle est maintenant la sanction de la règle édictée par le paragraphe 3 de la loi de 1889 ?

292. Nous avons nécessairement eu à l'indiquer en étudiant les conditions mêmes de la renonciation tacite. Il résulte avec évidence du texte, comme des motifs de la loi, que, si ces conditions ne sont pas réalisées, la renonciation ne peut exister.

Les effets de cette inexistence sont toujours ceux qui, en droit commun, s'attachent à l'inexistence, ou en d'autres termes à la nullité radicale des actes ; nous avons eu à les rappeler en étudiant les conséquences du défaut d'authenticité de l'acte contenant renonciation ² ; nous n'avons plus à revenir sur eux.

293. Il ne nous reste plus maintenant qu'à rechercher ce qu'il faut penser de cette réglementation sévère de la renonciation tacite.

1. La femme pourrait se porter, par exemple, covenendresse ou coaliénatrice sans renoncer à son hypothèque dans l'aliénation d'un immeuble indivis entre elle et le mari. Sa présence est alors nécessaire pour la validité même de la vente, et cependant elle peut désirer conserver son hypothèque. Toutefois, même dans ce cas, à moins de stipulation contraire, elle devrait encore être considérée comme ayant renoncé à son hypothèque ; elle a, en effet, contracté l'obligation de garantie (au moins pour ses faits personnels, en cas de donation) ; or cette obligation est indivisible, et l'empêche d'exercer son hypothèque même sur la part ayant appartenu au mari. (Il n'en serait autrement si l'on considérait l'obligation de garantie comme divisible.)

2. *Supra*, n° 175.

294. — Nous croyons qu'elle est très critiquable, et qu'il aurait été de beaucoup préférable de laisser aux tribunaux ce pouvoir souverain d'appréciation qui leur appartenait avant 1889.

Logiquement, en effet, il y'a là une grave dérogation aux principes du droit commun. Et cette dérogation se comprend d'autant moins qu'elle n'existe pas, avec la loi de 1855, pour la renonciation consentie à un tiers autre que l'acquéreur, et que, d'autre part, la femme reste toujours libre de se priver indirectement du droit d'exercer son hypothèque par une obligation quelconque et indépendamment de tout engagement à titre de covenendresse, garante ou caution¹. Nous retrouvons, cette fois encore, un défaut d'harmonie complet entre la loi de 1889 d'un côté, et les principes du droit commun et de la loi de 1855 de l'autre.

Pratiquement, cette innovation a souvent pour résultat de méconnaître l'intention, quelquefois manifeste, de la femme, dont la présence à l'acte d'aliénation ne peut ordinairement s'expliquer que par la volonté de donner toute sécurité à l'acquéreur par une renonciation à l'hypothèque légale.

295. Par contre, le but poursuivi par le législateur est loin d'être réalisé. On a voulu supprimer le pouvoir d'appréciation qui appartenait aux tribunaux, afin de donner à la renonciation une stabilité

¹ 1. Comp. ce que nous avons dit sur le même sujet de l'acte authentique, nos 177 et suivants.

complète. A un triple point de vue, ce résultat n'est pas atteint.

D'abord, si la renonciation tacite ne peut résulter que d'un engagement pris par la femme à titre de covendreesse, garante ou caution, comment les tribunaux reconnaîtront-ils l'existence de cet engagement? Sera-t-il nécessaire que la femme se serve des expressions mêmes : covendreesse, garante ou caution? Non certes; notre droit moderne ne connaît plus ce formalisme. Le juge ne pourra donc que s'en rapporter aux circonstances de fait, qui lui révéleront l'intention des parties, et ces circonstances, il les appréciera librement et souverainement¹. La difficulté que le législateur avait voulu éviter se trouve donc simplement déplacée et reculée, mais elle reparaît nécessairement.

Ensuite, ce pouvoir d'appréciation reparaît encore, quoique d'une manière un peu accessoire, même en présence d'un engagement dûment constaté pris par la femme à l'un des trois titres indiqués par la loi, puisque les tribunaux, interprétant encore souverainement l'intention des parties, peuvent refuser d'y voir une renonciation à l'hypothèque. Cela suffit pour ôter aux tiers cette sécurité complète sur laquelle paraît compter le législateur.

Enfin, la loi autorise toujours la renonciation expresse. Mais cette distinction même entre la renon-

1. TISSIER, *op. cit.*, p. 643. — WABLE, *loc. cit.*, p. 47-43, n° 46. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 115, n° 1820, 1.

ciation expresse ou renonciation consentie d'une manière formelle et la renonciation tacite, qui n'est, en définitive, qu'une renonciation consentie d'une manière moins formelle, est un peu une distinction d'école, assez factice. En pratique, elle peut être fort délicate, et bien souvent le juge ne pourra la faire qu'en appréciant souverainement les circonstances qui lui paraîtront constituer ou ne pas constituer une renonciation expresse ; à ce point de vue encore, son pouvoir d'appréciation reparaitra¹.

296. — Ces critiques se rapprochent beaucoup de celles que nous avons adressées à la règle prescrivant l'authenticité de l'acte de renonciation, et, en réalité, il existe une grande analogie entre ces deux situations : dans les deux cas, le législateur s'est proposé de protéger la femme et les tiers ; dans les deux cas, il a apporté une grave dérogation aux principes du droit commun ; dans les deux cas aussi, le but poursuivi par lui pouvait paraître séduisant, mais n'a pas été réalisé. Pour nous, nous croyons que ces deux prescriptions devraient disparaître de notre législation.

1. Il n'y avait qu'un moyen de supprimer ce pouvoir d'appréciation : c'était d'exiger une formule sacramentelle pour la renonciation. Dès lors, pour être logique, il aurait fallu opter entre l'un des deux partis suivants : ou exiger cette formule, ou en revenir au système de l'appréciation souveraine des tribunaux. La loi de 1889 a eu le grave tort d'adopter un système mixte présentant par lui-même de sérieux inconvénients, tout en laissant subsister ceux que l'on voulait éviter : c'est là souvent le sort de ces opinions intermédiaires.

Entre ces deux partis, nous n'hésitons pas à préférer de beaucoup celui qui laisse aux tribunaux leur pouvoir d'appréciation.

297. Aussi, des trois conditions de forme établies par la loi nouvelle, une seule nous paraît-elle devoir être approuvée: c'est celle qui fait résulter la publicité de la renonciation de la transcription de l'acte d'aliénation, ou d'une mention en marge de la transcription de cet acte. Elle seule avait été réclamée dans les pétitions des notaires; nous croyons que le législateur aurait bien fait de s'en tenir là.

298. L'intérêt des tiers aurait été ainsi complètement sauvegardé. Et même, si l'on voulait éviter pour eux toute incertitude, il aurait été facile, ainsi que nous avons proposé de le faire, d'exiger la mention marginale dans tous les cas. C'est là une solution qui, à leur égard, aurait été beaucoup plus efficace que cette garantie indirecte que le législateur attend de l'acte authentique et de la réglementation de la renonciation tacite.

299. Il est vrai que la femme resterait alors sans protection spéciale; mais c'est là une idée qui n'est pas de nature à nous effrayer, car cette protection à outrance dont le législateur entoure la femme renonçante, nous paraît singulièrement surannée. Et en effet, ainsi que le dit fort justement M. Wable ¹, bien que la renonciation soit toujours un acte dangereux, « n'agite-t-on pas un peu trop ce spectre de l'autorité maritale, et n'abuse-t-on pas du tableau, si souvent refait, de ses excès et des

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 76, n° 73.

« faciles entraînements de la femme?... Si l'on ne
« se laisse pas séduire par la magie des mots, on
« reste convaincu que les situations auxquelles on
« fait allusion ne sont qu'exceptionnelles et ne con-
« stituent qu'une faible minorité, que, dès lors, elles
« ne réclament pas l'établissement de règles gêné-
« rales préjudiciables au plus grand nombre ». Et
puis, la renonciation facilite aussi beaucoup les affaires
du mari, et, par cela même, contribue à la prospérité
de la femme; à ce titre, il importe de ne pas l'entraver.

D'autre part, la femme peut, dans notre droit
moderne, accomplir librement les actes les plus
graves. Elle peut ainsi s'obliger, contracter, aliéner
ses meubles ou ses immeubles, se porter même caution
soit du mari, soit d'un tiers; l'autorisation maritale
est exigée, non pas pour la protéger contre sa propre
faiblesse, mais pour maintenir l'harmonie dans le
ménage; pour la purge de son hypothèque même,
une simple sommation, qu'elle ne comprendra peut-
être qu'imparfaitement, suffit pour lui faire perdre
son droit: pourquoi donc exiger ici une protection
spéciale¹?

1. Comp. toutefois *supra*, n° 29. — Mais cet inconvénient tient à la nature même de la renonciation; aussi, du moment que l'on admet la possibilité même de cette renonciation, doit-il nécessairement exister. Tout au plus pourrait-on le diminuer dans une certaine mesure en assujétissant la renonciation aux mêmes formalités que la restriction de l'hypothèque légale: avis de la famille et autorisation de justice; mais, en raison des lenteurs et des frais qu'il entraînerait pour un acte aussi usuel que la renonciation, ce remède serait infiniment plus funeste que l'inconvénient, purement théorique d'ailleurs, qu'il tendrait à éviter.

CHAPITRE III

EFFETS DE LA RENONCIATION

300. — L'objet de la renonciation, c'est de dégrever l'immeuble en évitant la purge ¹; il doit donc exister une grande analogie entre la renonciation et la purge, puisque toutes deux tendent au même but : c'est ce que la loi de 1889 exprime, en termes un peu trop absolus peut-être, par ces mots : « La renonciation vaut purge. »

301. — La formule dans laquelle peuvent se résumer les effets de la renonciation comme ceux de la purge est la suivante : « Le droit de suite attaché à l'hypothèque est éteint, mais le droit de préférence survit » ².

1. *Supra*, nos 2-3.

2. Tout droit d'hypothèque s'analyse en effet en deux droits distincts : le droit de préférence et le droit de suite. Le droit de préférence porte sur le prix de l'immeuble ; il permet au créancier de se faire payer sur le prix provenant de l'aliénation de cet immeuble avant les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs en rang. Le droit de suite porte sur l'immeuble lui-même ; il permet au créancier de poursuivre l'immeuble entre les mains de tout tiers détenteur pour exercer ensuite son droit de préférence sur le prix.

Ces deux droits sont intimement liés : en principe, tous deux appartiennent également au créancier hypothécaire.

Ils peuvent cependant être quelquefois séparés.

Sans doute, il est vrai, le droit de suite ne saurait exister seul, car à quel but tendrait-il ?

Mais, au contraire, il peut exister, et il existe dans notre droit, des

Cette règle a été maintes fois répétée dans les travaux préparatoires de la loi de 1889. C'est ainsi, par exemple, que devant le Sénat, M. Merlin s'exprimait en ces termes ¹ : « Vous savez que l'hypothèque donne un double droit : le droit de suite et le droit de préférence. *Le droit de suite, la femme l'abandonne incontestablement au profit de l'acquéreur envers lequel elle s'est obligée ; mais elle doit conserver, malgré la purge qui résulte de la renonciation, le droit de préférence sur le prix.* »

Et dans la loi même, elle résulte des paragraphes 1 et 4, qui ne peuvent laisser aucun doute sur elle.

Le paragraphe 1^{er} est ainsi conçu : « La renonciation par la femme à son hypothèque légale..... en emporte l'extinction et vaut purge. » La première de ces deux expressions, « en emporte l'extinction », paraît signifier que l'hypothèque est complètement éteinte, aussi bien quant au droit de préférence que quant au droit de suite ; mais la seconde « vaut purge » vient immédiatement corriger cette solution en indiquant nettement que, de même qu'avec la purge, si le droit de suite est éteint, le droit de

cas même assez nombreux où le droit de préférence survit à l'extinction du droit de suite (BAUDRY-LACANTINERIE, T. III, p. 894-896, n^{os} 1484-1491 ..

C'est sur le principe de la séparation de ces deux droits et de cette survie du droit de préférence qu'est basé, au point de vue des effets de la renonciation, tout le système de la loi de 1889.

1. Sénat, 6 février 1888.

préférence survit ;¹ elle aussi d'ailleurs, bien que renfermant une grande part de vérité, est en partie inexacte, car nous aurons de notables différences à signaler entre la renonciation et la purge².

1. C'est précisément dans ce but que cette expression fut introduite dans la loi par M. Cazot. (*Supra*, n° 79.)

Cette rédaction n'en est pas moins assez défectueuse. Elle s'explique par l'histoire : dans le projet de loi primitif présenté par les notaires, où il était dit simplement que la renonciation emportait extinction de l'hypothèque légale, la renonciation paraissait bien devoir éteindre complètement l'hypothèque, aussi bien quant au droit de préférence que quant au droit de suite. Plus tard, M. Cazot introduisit dans le projet cette autre expression : « La renonciation vaut purge », afin d'indiquer que le droit de préférence subsistait ; mais, au lieu de supprimer la formule première, il juxtaposa ces deux expressions, qui concordent cependant assez mal l'une avec l'autre.

On comprend cependant, jusqu'à un certain point, que le législateur ait pu considérer la renonciation comme emportant extinction de l'hypothèque légale : le droit de préférence qui survit à la renonciation est en effet un droit de créance, et non pas un droit hypothécaire ; envisagé en tant que droit hypothécaire, le droit de la femme est donc complètement éteint.

2. Nous aurons à expliquer et à justifier ces différences au cours de ce chapitre. Nous pouvons cependant les indiquer dès maintenant.

Les deux premières naissent de la non-application à la renonciation des articles 717 et 772 C. pr. civ. ; ce sont les suivantes (*infra*, n°s 383-390) :

D'abord, tandis que le créancier à hypothèque légale qui n'a pas pris inscription perd ses droits en cas de purge, si l'ordre n'est pas ouvert dans les trois mois fixés par l'article 772, la femme peut toujours se présenter à l'ordre, quelle que soit l'époque à laquelle il est ouvert.

Ensuite, tandis que ce créancier est obligé de produire à l'ordre judiciaire ou amiable, conformément à l'article 717, à peine d'encourir la forclusion, la femme n'a rien à craindre de ces déchéances : s'il y a un ordre amiable, elle doit être appelée à la tentative d'ordre ; s'il y a un ordre judiciaire, elle doit être sommée de produire dans les quarante jours de la sommation.

Enfin, une troisième différence existe encore entre la purge et la renonciation. Avec la purge, l'extinction du droit de suite est subordonnée au paiement du bordereau de collocation délivré au créan-

Et quant au paragraphe 4, il est plus formel encore :
« Toutefois, la *femme conserve son droit de préférence*
« *sur le prix*, mais sans pouvoir répéter contre l'ac-
« quéreur le prix ou la partie du prix payé sans son
« consentement..... »

302. Aussi cette règle échappe-t-elle à toute contestation et est-elle reproduite par tous les auteurs. Elle est cependant un peu abstraite. Il est donc nécessaire d'en préciser la portée en caractérisant la nature de ce droit de préférence qui survit à la renonciation, et c'est là un point assez délicat sur lequel on est loin d'être d'accord. Pour y parvenir, nous devons commencer, puisque la renonciation vaut purge, par nous reporter à la situation faite, en droit commun, au créancier hypothécaire après la purge.

303. Tout d'abord — et c'est là l'hypothèse la plus simple — avec la purge des hypothèques inscrites, l'extinction du droit de suite et la survie du droit de préférence équivalent, en réalité, à une transformation du droit réel qu'était l'hypothèque en un droit personnel de créance privilégiée à l'encontre de l'acquéreur. La purge constitue, en effet, un contrat entre l'acquéreur qui offre son prix aux créanciers hypothécaires et ces créanciers qui l'acceptent soit expressément, soit tacitement en laissant

cier, et, en cas de défaut de paiement, ce créancier recouvre son hypothèque. Au contraire, avec la renonciation, l'extinction du droit de suite est définitive, et subsiste même en cas d'insolvabilité ou de refus de paiement de l'acquéreur. (*Infra*, n° 317.)

expirer les délais de surenchère ; aussi a-t-elle pour résultat de rendre l'acquéreur débiteur personnel de ces créanciers ; de telle sorte qu'il est tenu vis-à-vis d'eux, non seulement sur l'immeuble objet de la purge, mais encore sur tous ses biens personnels, et qu'il ne pourrait plus se libérer à leur égard par un délaissement ¹. (Arg. art. 2184 C. civ.)

Pour la purge des hypothèques légales non inscrites, la question de savoir si le droit de préférence subsistait de même après la purge, alors que le droit de suite était certainement éteint, avait longtemps divisé les auteurs et les arrêts. La loi du 27 mars 1858, qui est venue modifier les règles de l'ordre telles qu'elles avaient été organisées par le Code de procédure, l'a tranchée dans le sens de la survie du droit de préférence, en assujétissant toutefois ce droit à des déchéances très rigoureuses : défaut d'ouverture d'un ordre dans les trois mois, règlement de l'ordre amiable, expiration du délai de quarante jours après les sommations de produire adressées aux autres créanciers. (Art. 717 et 772 nouveaux C. pr. civ.). Mais, à part ces déchéances, le principe est aujourd'hui le même que pour la purge des hypothèques inscrites ; aussi ses conséquences doivent-elles être les mêmes, et cette purge, elle aussi, a-t-elle pour résultat d'attribuer au créancier

1. LAURENT, t. XXXI, n° 293. — AUBRY et RAU, t. III, § 287, p. 446.
— Cass., 4 février 1857. (Dahl., 57, 1, 83.)

un droit de créance personnelle et privilégiée à l'encontre de l'acquéreur.

304. Lors de la confection de la loi de 1889, la commission du Sénat proposait de régler les effets de la renonciation en s'en référant purement et simplement aux principes posés par la loi de 1858 ; elle présentait en conséquence la rédaction suivante pour le § 4 :

« Toutefois, la femme conservera son droit de « préférence sur le prix, conformément aux articles « 717 et 772 du Code de procédure civile. »

Cette corrélation entre la loi de 1889 et les articles 717 et 772 C. pr. civ. fut supprimée sur la demande de M. Lacombe, qui voulait éviter pour la femme les déchéances portées par ces articles ; mais le principe, toujours écrit dans le § 1^{er}, n'en est pas moins resté le même : la renonciation vaut purge.

305. Ces observations vont nous permettre de déterminer nettement les effets de la renonciation.

306. De même que la purge, la renonciation constitue un contrat¹ entre la femme qui consent à accepter le prix de l'aliénation en abandonnant son hypothèque et l'acquéreur qui consent à lui verser ce prix. Aussi le droit de préférence qui subsiste est-il encore un droit de créance privilégiée appartenant personnellement à la femme à l'encontre de l'acquéreur, et celui-ci se trouve-t-il engagé vis-à-vis d'elle

1. Comp. *supra*, n° 52.

sur tous ses biens personnels, ne pouvant plus notamment se libérer par un délaissement.

307. Au premier abord, cette solution peut étonner. Avant la renonciation, la femme n'avait en effet aucun droit personnel à l'encontre du détenteur de l'immeuble : comment donc la renonciation pourrait-elle augmenter ainsi ses droits, et lui donner un droit nouveau sur l'ensemble du patrimoine de l'acquéreur, alors surtout que la loi de 1889 décide simplement qu'elle « conserve » son droit de préférence « sur le prix de l'immeuble aliéné » ?

Aussi les auteurs, tout en reconnaissant en général que le droit de préférence constitue bien un droit de créance¹, paraissent-ils décider que ce droit porte uniquement sur le prix de l'immeuble aliéné, et admettent-ils par suite que la femme ne peut exercer, sur les autres biens de l'acquéreur, que les droits du mari dont elle est créancière en reprises, conformément à l'article 1166 du Code civil².

308. Cette opinion nous paraît inexacte : nous ne voyons pas bien, en effet, ce que pourrait être ce droit de créance ne portant ainsi que sur le prix d'un immeuble déterminé. Elle est d'ailleurs inconciliable avec les principes posés par le législateur de 1889. D'abord, en principe, nous le répétons, après la purge,

1. TISSIER, n° 22. — DALMBERT, p. 359, n° 17. — WABLE, *loc. cit.*, p. 156, n° 140. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 133, n° 1828.

2. DALMBERT, p. 355, n° 13. — WABLE, *loc. cit.*, p. 133, n° 121. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 132, n° 1827.

aussi bien après la purge volontaire des hypothèques inscrites ou dispensées d'inscription qu'après la purge forcée résultant d'une adjudication sur saisie, les créanciers ont bien, de leur chef propre, un droit personnel de créance à l'encontre de l'acquéreur ou de l'adjudicataire ; il doit donc en être de même de la femme après la renonciation, puisque « la renonciation vaut purge ». Et puis, le § 4 de la loi de 1889 accorde expressément à la femme le droit de répéter le paiement fait au mari sans son consentement : à quel titre aurait-elle ce droit, sinon à titre de créancière personnelle de l'acquéreur, et comment pourrait-elle l'exercer, notamment dans le cas où l'immeuble aurait été revendu par l'acquéreur, s'il ne portait pas sur l'ensemble du patrimoine de celui-ci ?

308 *bis*. Et, quant à l'expression « la femme conserve son droit de préférence sur le prix », qui figure dans le § 4 de la loi, nous croyons qu'on peut l'interpréter de la manière suivante :

309. D'un côté, bien que pouvant s'exercer sur l'ensemble du patrimoine de l'acquéreur, le droit de la femme n'en porte pas moins, à un double point de vue, d'une manière spéciale, sur le prix de l'immeuble aliéné.

D'abord, sur ce prix même, il permet à la femme de primer les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs à elle. C'est ainsi que,

1. Comp. *infra*, n° 511.

dans l'ordre ouvert sur ce prix, la femme peut produire au rang que lui attribuait son hypothèque.

Et puis, et à l'inverse, dès que ce prix est régulièrement distribué aux ayants droit, la femme perd tout droit à l'encontre de l'acquéreur, alors même qu'elle ne viendrait pas en ordre utile.

Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, le droit de préférence, qui présente à ce point de vue un caractère *sui generis* bien déterminé, est bien un droit privatif sur le prix de l'immeuble aliéné.

309 *bis*. Et, d'un autre côté, bien que l'hypothèque soit un droit purement réel, ce droit de créance que nous avons reconnu à la femme n'en est pas moins contenu implicitement dans le droit hypothécaire lui-même, puisque l'hypothèque est destinée à l'attribuer au créancier à partir du jour où elle produit ce qu'on appelle « son effet utile », après la purge ou l'adjudication sur saisie. Aussi la renonciation, comme la purge, a-t-elle pour effet de le réaliser plutôt que de le créer, et peut-on comprendre, par suite, que le législateur ait considéré la femme comme « conservant » un droit qui lui appartenait déjà ¹.

310. Cette interprétation, il est vrai, et nous devons le reconnaître, peut paraître à certains égards assez subtile; nous croyons cependant qu'elle s'impose,

1. On ne peut conserver, en effet, que ce que l'on a déjà. — Comp. WABLE, *loc cit.*, p. 118-119, n° 107.

parce qu'elle seule permet de concilier cette expression du § 4 de la loi de 1889 « la femme conserve son droit de préférence sur le prix » ¹ avec le principe que la renonciation vaut purge, et avec le droit de répétition que ce même paragraphe accorde expressément à la femme. D'ailleurs, ne dit-on pas de même qu'après la purge, le créancier hypothécaire a perdu le droit de suite et a conservé le droit de préférence sur le prix ², alors que l'on n'hésite pas à lui reconnaître ce droit de créance personnelle et privilégiée à l'encontre de l'acquéreur ?

310 *bis*. Mais, dans ces conditions, étant donnée cette conception du droit de préférence, à qui va appartenir la créance du prix d'aliénation ? est-ce au mari, vendeur de l'immeuble, ou à la femme ?

Si le droit de la femme était liquide, il serait facile de répondre à cette question : la femme serait créancière dans la mesure de la créance garantie par son hypothèque ; le mari le serait pour le surplus, s'il avait un reliquat.

1. Au surplus, alors même que cette interprétation conduirait à voir une certaine inexactitude dans cette expression, il n'en faudrait pas moins l'admettre encore : nous avons déjà eu, en effet, et nous aurons encore à signaler, dans la loi de 1889, assez d'expressions inexactes pour ne pas craindre de poser en principe que, dans l'interprétation de cette loi, il faut s'attacher, non pas à ses termes mêmes, mais à l'esprit qui a animé le législateur ; or, dans l'espèce, cet esprit nous paraît clairement manifesté par les règles sur lesquelles nous sommes appuyé. (*Supra*, n° 308.)

2. Comp. notamment les expressions qui figurent dans les articles 717 et 772 C. pr. civ.

Mais, précisément, la créance garantie par l'hypothèque légale, c'est la créance en reprises de la femme, créance qui n'est liquidée que lors de la liquidation de ces reprises. Aussi, jusqu'à cette époque, le mari et la femme se trouvent-ils conjointement créanciers de l'acquéreur jusqu'à concurrence du prix de l'aliénation, et ont-ils respectivement, dans cette créance, des droits qui restent nécessairement indéterminés.

311. Il y a cependant une différence profonde entre le droit du mari et celui de la femme. La femme, en effet, ne peut être créancière de l'acquéreur qu'en raison et dans la mesure de ses reprises; or, avant la liquidation, ces reprises ne sont pas exigibles et sont même incertaines, non seulement quant à leur quotité, mais aussi quant à leur existence¹; à ce double point de vue, son droit est en réalité subordonné à une condition suspensive qui ne peut se réaliser que lors de la liquidation². Au contraire, le mari, en sa qualité de vendeur, a dès l'aliénation un droit né et actuel³, si bien qu'il

1. Sans doute, la femme peut avoir des causes de créance contre son mari, comme, par exemple, le remboursement de la dot qu'elle a apportée, ou encore le remboursement du prix de ses propres aliénés; mais cette créance disparaîtra si, de son côté, le mari a des récompenses à exercer contre elle.

2. Comp. *infra*, nos 505-507.

3. Toutefois, ce droit est, lui aussi, conditionnel, en ce sens qu'il disparaîtra, si, lors de la liquidation, le droit de préférence de la femme se trouve porter sur la totalité du prix de l'aliénation; mais il n'en existe pas moins dès cette aliénation même.

suffit d'une renonciation de la femme aux droits qui pourraient lui appartenir pour le rendre créancier pur et simple de la totalité du prix, et lui permettre à ce titre d'exiger et de recevoir un paiement immédiat. De là résultent des différences notables entre les droits qui peuvent être respectivement exercés par le mari et par la femme avant la liquidation¹.

312. Pour nous conformer autant que possible à la règle formulée par le législateur, nous diviserons ce chapitre en deux sections :

1^o Extinction du droit de suite.

2^o Survie du droit de préférence.

313. Mais, avant d'aborder leur étude, nous devons faire deux remarques importantes.

314. La première, c'est que les effets de la renonciation, tels qu'ils sont réglés par la loi et tels que nous aurons à les exposer, reposent uniquement sur une présomption de volonté des parties ; mais les parties seraient toujours libres d'exprimer une volonté contraire². Le législateur s'est, en effet, proposé de mettre fin aux controverses et à l'obscurité qui existaient sur ce point, mais il a laissé intact le principe de la liberté des conventions.

1. Comp. *infra*, nos 348-355.

2. C'est ainsi que la femme pourrait stipuler que la renonciation éteindra à la fois le droit de suite et le droit de préférence ; les tribunaux auraient même toute latitude pour faire résulter cette intention de circonstances de fait qu'ils apprécieraient souverainement : ils devraient, par exemple, attribuer cet effet extinctif à la renonciation consentie à un acquéreur à titre gratuit. — Comp. *infra*, n^o 423.

315. La deuxième, c'est que la renonciation ne peut avoir qu'une existence précaire et aléatoire. Ses effets sont subordonnés à cette condition que, lors de la liquidation, la femme ait une créance en reprises à faire valoir contre son mari ; autrement, l'hypothèque légale disparaîtrait et avec elle la renonciation, la femme ayant renoncé à un droit qu'elle n'avait pas.

Il n'en est pas moins vrai qu'après une renonciation suivie d'un paiement valable, l'acquéreur est assuré de n'avoir rien à craindre de la part de la femme. En effet, de deux choses, l'une : ou, lors de la liquidation, la femme n'aura pas de reprises à exercer, alors la renonciation tombera, mais la femme n'aura rien à lui réclamer ; ou elle aura des reprises, alors elle aurait pu faire valoir son hypothèque légale contre lui, mais ce cas est précisément celui où la renonciation est valable et fait obstacle à cette poursuite.

La remarque que nous venons de faire ici a cependant une importance pratique considérable ; nous le verrons surtout en étudiant la renonciation translatrice au droit de préférence,

SECTION PREMIÈRE

Extinction du droit de suite

316. L'extinction du droit de suite est de l'essence même de la renonciation, qui ne saurait se compren-

dre sans elle. D'un côté, en effet, la femme doit nécessairement perdre ce droit : puisque la renonciation laisse déjà subsister le droit de préférence, en quoi pourrait-elle consister, si elle laissait également subsister le droit de suite ? D'un autre côté, l'acquéreur ne peut pas l'acquérir, puisqu'il est déjà propriétaire de l'immeuble. De toute nécessité, ce droit doit donc se trouver éteint.

317. Malgré les termes du § 1^{er} de la loi, d'après lesquels « la renonciation vaut purge », cette extinction est toujours définitive, et elle ne disparaît pas, comme avec la purge, au cas d'insolvabilité de l'acquéreur. Il faut en effet que les tiers soient assurés, après la renonciation, de n'avoir plus rien à craindre de l'hypothèque légale. Aussi cette règle était-elle unanimement admise avant 1889, et non seulement le législateur nouveau n'a jamais manifesté l'intention de la modifier, mais il l'a même confirmée en décidant, d'une manière générale et sans aucunes réserves, que la renonciation « emporte l'extinction » de l'hypothèque. (§ 1^{er} L. 1889.)

318. Les effets de cette extinction sont assez faciles à déterminer : simple créancière de l'acquéreur en vertu de son droit de préférence, la femme n'a plus aucun droit réel sur l'immeuble. C'est ainsi qu'en

1. La femme ne pourrait d'ailleurs pas renoncer au droit de préférence et conserver le droit de suite, car le droit de suite ne peut exister seul. — Comp. n° 301, note 2.

cas de purge, elle ne pourrait plus porter la surenchère du dixième ¹, ou qu'en cas de revente de l'immeuble par l'acquéreur, elle n'aurait aucun droit à l'encontre du sous-acquéreur ².

319. De cette extinction résultent encore deux conséquences importantes.

320. La première, c'est que la femme ne peut plus désormais céder son hypothèque avec les effets qui s'attachent à une pareille cession ³. Sans doute, elle peut céder le droit de préférence qu'elle a conservé; mais ce n'est plus là une cession de l'hypothèque légale, ni au point de vue des formes ni au point de vue des effets ⁴.

Cependant, si elle déclarait céder son hypothèque elle-même, il faudrait, non pas annuler cette cession, mais la considérer comme une cession du droit de préférence: il n'y aurait en effet qu'une légère inexactitude dans l'expression, mais aucun doute sur l'in-

1. Lorsqu'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires autres que la femme, l'acquéreur a intérêt à purger, nonobstant la renonciation. Comp. *infra*, nos 345 et 459.

2. Toutefois, tant que le mari a conservé son privilège ou l'action résolutoire, la femme, en raison de la créance en reprises qu'elle a contre lui, peut exercer ces droits du chef du mari. De même, créancière de l'acquéreur, elle peut encore, mais toujours par l'action oblique seulement, exercer contre le sous-acquéreur les droits qui appartiennent à l'acquéreur. Comp. *infra*, nos 510 et 513.

3. Nous parlons, bien entendu, uniquement de l'hypothèque portant sur l'immeuble aliéné. Mais la femme a toujours le droit de céder son hypothèque qu'elle a conservée sur les autres immeubles du mari; nous verrons cependant que la valeur de cette hypothèque est diminuée, sinon par la renonciation elle-même, au moins par la subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence. (*Infra*, n° 460.)

4. Comp. *infra*, nos 428 et suivants.

tention des parties ¹; et puis la cession de l'hypothèque renferme implicitement cession du droit de préférence.

321. La seconde, c'est que l'hypothèque légale ne peut plus désormais faire l'objet d'une inscription sur l'immeuble aliéné. Sans doute, le droit de préférence survit, mais ce droit n'a pas à être inscrit ²; et, alors même qu'il aurait à l'être, il y aurait toujours là une inscription du droit de préférence et non pas de l'hypothèque.

321 *bis*. De là, nous déduirons les deux règles suivantes :

322. 1^o Si l'hypothèque légale est inscrite au moment de la renonciation, l'acquéreur peut exiger du conservateur la radiation de l'inscription. Il ne serait même pas nécessaire que cette radiation fût accompagnée d'une mention constatant que le droit de préférence survit : autrement, l'inscription subsistante équivaldrait à une inscription du droit de préférence; or, nous le répétons, ce droit n'a pas à être inscrit.

Nous croyons d'ailleurs, avec M. Wable et M. Guillaud, que, pour exiger cette radiation, l'acquéreur n'a pas à rapporter la mainlevée de la femme, et qu'il

1. Le législateur lui-même a commis cette inexactitude dans le § 5 de la loi; ce n'est pas davantage une raison pour considérer ce paragraphe comme lettre morte (*Infra*, nos 448-452.)

2. *Infra*, nos 334-337. Le droit de préférence doit toutefois être inscrit dans un cas : lorsqu'il est cédé à l'acquéreur (§ 5, l. 1889); mais l'inscription porte alors, non pas sur l'immeuble aliéné, mais sur les autres immeubles du mari. (*Infra*, n^o 487.)

lui suffit de représenter au conservateur l'acte constatant la renonciation. D'une part, en effet, cet acte doit nécessairement revêtir la forme authentique (l. 1889 §§ 1 et 2); les prescriptions de l'art. 2158 du Code civil sont donc remplies, et la responsabilité du conservateur est à l'abri; d'autre part, ni la loi de 1889 ni aucun autre texte ne demandent une mainlevée.

323. 2° Si la femme cède son hypothèque légale après la renonciation, le cessionnaire ne peut plus prendre inscription sur l'immeuble aliéné¹, alors même qu'il serait subrogé dans le droit de préférence. Par suite, le conservateur doit s'abstenir de faire figurer, dans les états qu'il délivre sur cet immeuble, l'inscription générale prise par ce cessionnaire conformément à l'article 9 de la loi de 1855.

324. Ces deux règles s'appliquent, croyons-nous, avec une renonciation consentie expressément par la femme. Mais s'appliquent-elles également avec une renonciation tacite résultant d'un engagement de la femme comme « covenderesse, garante ou caution du mari² ? »

M. Guillouard et M. Wable assimilent complètement à ce point de vue ces deux hypothèses. Nous

1. A condition toutefois que la renonciation ait été régulièrement portée à sa connaissance par la transcription ou la mention marginale.

2. Bien entendu, ces règles seraient inapplicables, si la femme s'était bornée à assister à l'acte de vente ou à consentir à la vente, puisque cette présence ou ce consentement ne peuvent entraîner renonciation à l'hypothèque. (*Journal des conservateurs des hypothèques*, 1890, p. 255, art. 4075.)

croyons cependant qu'il existe entre elles une certaine différence. Cet engagement de la femme peut, en effet, entraîner et entraîne presque toujours, en pratique, renonciation à l'hypothèque ; mais nous avons vu qu'il peut ne pas en être ainsi, et que les tribunaux peuvent lui refuser cette portée ¹. Cette possibilité suffit pour empêcher le conservateur, sur le simple vu du contrat, de rayer l'inscription prise par la femme, ou de ne pas comprendre dans un état sur l'immeuble l'inscription prise par le subrogé : autrement, le conservateur s'exposerait à rayer ou à omettre une hypothèque encore existante.

Mais, bien entendu, l'acquéreur pourrait toujours faire radier l'inscription en produisant une mainlevée ².

SECTION II

Survie du droit de préférence

325. Si l'extinction du droit de suite est de l'essence de la renonciation, la survie du droit de préférence n'est que sa nature : on comprendrait en effet fort bien que la femme déclare renoncer au droit de préférence comme au droit de suite.

1. *Supra*, n° 290.

2. Pour tout ce qui concerne cette inscription, comp. *Journal des conservateurs des hypothèques* 1890, art. 4075. — WABLE, *loc. cit.*, p. 122-124, n°s 110-112. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 126, n° 1820 et aussi *infra*, n° 334 et suiv.

326. Aussi cette survie repose-t-elle uniquement sur une interprétation de la volonté présumée de la femme. Mais elle est fort rationnelle¹; l'acquéreur, en effet, n'a qu'un intérêt, être garanti de l'éviction à laquelle le droit de suite l'exposerait, mais il lui importe peu de payer son prix à la femme ou au mari; la femme, au contraire, a un intérêt majeur à conserver son droit de préférence, il est donc logique de présumer qu'elle l'a fait.

327. Cette présomption est si naturelle, que, bien avant 1889, on n'hésitait pas à l'admettre : « La femme renonçante, disait déjà M. Mourlon², n'a perdu que le droit de suite; son droit de préférence reste entier. »

Mais on discutait alors vivement sur le caractère et les effets de ce droit de préférence.

Les uns³, et cette opinion, qui était la plus accréditée, nous aurait paru la meilleure, ne permettaient à la femme de l'exercer que tant que les choses restaient entières, c'est-à-dire tant que le prix était encore dû au mari; ils décidaient, en conséquence, que le mari pouvait librement disposer de ce prix, le toucher ou céder sans le consentement de la femme.

Les autres⁴ admettaient déjà qu'il avait pour

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 111, n° 100. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 125, n° 4820, IV.

2. MOURLON, *De la transcription*, T. II, n°s 955 et 960.

3. PONT, *Privilèges et hypothèques*, T. I^{er}, n° 485. — MERIGNHAC, n° 145. — Amiens, 3 mars 1863 (Dall., 54, 5, 427). — Metz, 31 décembre 1867 (Dall., 68, 1, 145). — Cass., 12 février 1866 (Dall., 68, 1, 346).

4. BERTAULD, *Traité de la subrogation*, n° 49. — AUBRY et RAU,

résultat d'empêcher l'acquéreur de se libérer sans le consentement de la femme, et que la femme pouvait exiger la répétition du paiement fait sans son consentement ¹.

328. Nous avons vu que, pour le législateur de 1889, le droit de préférence constitue en réalité une créance privilégiée appartenant personnellement à la femme à l'encontre de l'acquéreur.

329. Il résulte nécessairement de là une certaine difficulté pour le paiement du prix : avant la liquidation des reprises, les droits des époux sur le prix sont indéterminés ; ceux de la femme ne sont même pas exigibles : comment donc le paiement peut-il et doit-il être effectué ?

Une pratique constante, basée sur le § 4 de la loi de 1889, recourt au procédé suivant : la femme renonce à son droit de préférence en consentant au paiement du prix, qui peut alors être exigé et reçu par le mari devenu ainsi, par une sorte de droit d'accroissement, seul créancier.

Mais c'est là, il faut le reconnaître, tourner la question plutôt que la résoudre ; car ainsi la femme ne profite

T. III, § 288 *bis*, p. 464, note 9, et p. 471, note 29. — Agen, 21 mars 1866 (Dall., 67, 2, 129). — Dijon, 19 novembre 1876 (Dall., 76, 2, 57).

1. Cette opinion aboutissait déjà à considérer la renonciation comme transformant l'hypothèque en un droit de créance appartenant personnellement à la femme contre l'acquéreur : autrement, comment la femme aurait-elle pu exercer ce droit de répétition qu'on lui reconnaissait ? (Comp. *infra*, n° 511.) Or, en l'absence de texte, cette solution nous aurait paru bien difficilement admissible.

2. *Supra*, p. 246-251, n°s 306-311.

nullement de ce droit de préférence que la loi lui avait réservé¹. Et puis, ce procédé a le tort beaucoup plus grave de nécessiter le consentement des deux époux, et d'être inapplicable si ce concours ne peut se réaliser.

Aussi, à défaut de ce consentement commun, le paiement, ou au moins le paiement pur et simple, ne peut-il être exigé avant la liquidation². Ce n'est d'ailleurs que dans ce dernier cas que la femme peut exercer effectivement son droit de préférence³; alors, mais alors seulement, ses reprises sont liquides et exigibles, et elle peut, en vertu de ce droit, en réclamer le paiement à l'acquéreur.

330. L'existence de ce droit de préférence soulève plusieurs questions assez complexes. Nous les examinerons en étudiant les quatre points suivants :

1. Quelle est la durée du droit de préférence, et comment se conserve-t-il ?

2. Modes de libération de l'acquéreur et droits des époux avant la liquidation.

3. Renonciation au droit de préférence.

4. Exercice du droit de préférence par la femme après la liquidation.

1. C'est là toutefois une conséquence qu'il était impossible d'éviter. La même remarque pourrait d'ailleurs s'appliquer à la renonciation même à l'hypothèque légale. (Comp. *supra*, nos 28 et suivants.)

2. C'est là un des grands inconvénients de la loi de 1889. Comp. *infra*, nos 365-373.

3. Toutefois, lorsque l'immeuble est grevé d'hypothèques autres que celle de la femme, et qu'un ordre vient à s'ouvrir avant la liquidation des reprises, le droit de préférence permet à la femme d'exiger une caution des créanciers postérieurs à elle colloqués nonobstant ses droits. *Infra*, n° 379 et note 1.

I. — DURÉE ET MODE DE CONSERVATION DU DROIT
DE PRÉFÉRENCE

331. En principe, lorsque, au cas de purge volontaire ou de saisie immobilière, le droit de préférence de la femme survit au droit de suite, ce droit est soumis, si la femme n'a pas fait inscrire son hypothèque légale, à la prescription très courte et aux déchéances des articles 717 et 772 du Code de procédure civile dans le premier cas, et de l'article 717 seul dans le second. Il résulte de la suppression, dans le texte définitif de la loi, du paragraphe présenté par la commission du Sénat et renvoyant à ces articles, que cette courte prescription et ces déchéances ne sont pas applicables au droit de préférence conservé par la femme après la renonciation¹.

332. Quelle est donc la durée de ce droit de préférence ?

La loi est muette sur ce point, et ce silence, surtout après la suppression du renvoi aux articles 717 et 772 C. pr. civ., est significatif : il n'existe ici aucune prescription spéciale, et la femme, restant sous l'empire du droit commun, peut faire valoir son droit pendant 30 ans².

1. Comp. n° 304 et nos 383-390.

2. ESCOBIAZ, p. 122. — TISSIER, n° 18. — DALMBERT, *loc. cit.*, p. 356, n° 14. — WABLE, *loc. cit.*, p. 131, n° 119. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 131, n° 1825.

Toutefois, si une procédure d'ordre venait à s'ouvrir après la

333. Mais quel est le point de départ de cette prescription ?

Pour M. Wable, c'est le jour même de la renonciation. En vain objecterait-on que la prescription ne court pas contre la femme mariée ; c'est le principe contraire qui est inscrit dans l'article 2253 du Code civil ¹.

Nous croyons cependant que la prescription ne commence à courir qu'à compter de la liquidation des reprises de la femme ². Jusque-là, en effet, la femme ne peut pas exercer son droit de préférence, puisqu'elle ne peut pas réclamer le remboursement de ses reprises ³; or, il est de principe que la prescription ne court pas contre un droit que l'on ne peut exercer. D'ailleurs, le droit de préférence constitue en réalité une créance subordonnée à la condition que la femme ait des reprises à faire valoir lors de la liquidation ⁴; or (art. 2257 C. civ.) « la prescription
« ne court point à l'égard d'une créance qui dépend
« d'une condition, jusqu'à ce que la condition
« arrive. »

renonciation, la femme qui aurait reçu une sommation de produire dans les quarante jours et qui n'aurait pas produit, serait incontestablement déchue du droit d'être colloquée dans cet ordre, conformément au droit commun. La forclusion de l'article 755 C. pr. civ. est en effet d'ordre général, et s'applique au droit de préférence de la femme comme à tout autre droit de préférence.

1. WABLE, *loc cit.*, p. 131, n° 449.

2. En ce sens, mais pour d'autres raisons, ESCOBIAK, p. 422.

3. *Infra*, n° 354.

4. *Supra*, n° 311.

334. Mais, si le droit de préférence subsiste ainsi pendant un temps qui peut être fort long, son existence n'est-elle pas au moins subordonnée à quelque condition de publicité? Cette question revient à se demander si le droit de préférence est assujéti à l'inscription, la publicité ne pouvant ici résulter que de l'inscription.

En règle générale, dans les cas où le droit de préférence survit au droit de suite, il n'a pas à être inscrit: c'est ainsi, en ce qui concerne la nécessité du renouvellement décennal des inscriptions, que l'on décide unanimement que ce renouvellement cesse d'être nécessaire après une procédure de purge ou de saisie immobilière à partir du jour où, le droit de suite étant éteint, le droit hypothécaire ne consiste plus qu'en un droit de préférence sur le prix, sauf à discuter sur le point de savoir à quel moment cet effet se produit¹.

Cette règle doit de même être appliquée au droit de préférence de la femme renonçante. Ici encore, en effet, la loi est muette, et les discussions législatives ne nous apportent aucun renseignement, quoique l'attention du législateur ait été attirée sur ce point². De ce silence, on doit nécessairement con-

1. Nous ne connaissons qu'une exception à cette règle : elle est relative au privilège du copartageant, et encore elle nous paraît assez peu logique. Le droit de suite est perdu, si le privilège n'a pas été inscrit dans les 45 jours (art. 6, al. 2, l. 23 mars 1855) ; mais le droit de préférence subsiste ; or, le droit de préférence doit ici être inscrit, et l'être dans le délai de 60 jours prévu par l'article 2109 du Code civil. Cette opinion est d'ailleurs contestée par plusieurs auteurs.

2. V. les observations de M. BOULANGER, Sénat, 6 février 1888.

clure que le droit de préférence de la femme n'a pas à être inscrit, d'abord parce que c'est le droit commun, ensuite parce que l'on ne peut créer de formalités sans texte, et enfin parce que l'on inscrit pas un droit de créance¹.

335. Il en est ainsi au cours du mariage, ce qui paraît logique, puisque l'hypothèque elle-même est dispensée d'inscription².

336. Et il en est encore de même après la dissolution du mariage. Sans doute, l'inscription devient alors nécessaire pour l'hypothèque légale (art. 9 l. 1855); mais l'hypothèque n'est pas le droit de préférence. « L'inscription, dit fort judicieusement « M. Chavegrain, ne s'applique qu'à l'hypothèque « définie par l'article 2114 du Code civil, c'est-à-dire « au droit réel grevant les immeubles pour garantir « l'acquittement d'une obligation, et les suivant en « quelques mains qu'ils passent; le droit ainsi caractérisé se prête seul à une inscription valable. Rigoureusement, si le droit de suite n'existe plus, et, si le créancier, au lieu d'un droit réel n'a plus qu'un droit de préférence à réclamer sur le prix, on n'est plus en présence d'une hypothèque dans l'acception

1. TISSIER, n° 49. — WABLE, *loc. cit.*, p. 137 et suivantes, nos 425 et suivants. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 431, n° 1825. — Comp., avant la loi de 1889, Riom, 3 juillet 1884, et Cass., 6 juin 1887 (S., 89, 1, 47). — *Contra*, Dijon, 17 novembre 1876 (S., 77, 2, 261); mais ce dernier arrêt se borne à affirmer, sans donner aucun motif à l'appui.

2. Nous verrons cependant qu'en législation, on pourrait, même dans ce cas, assujétir le droit de préférence à l'inscription, nonobstant la dispense d'inscription de l'hypothèque elle-même (n° 341 *bis*).

« que le législateur donne à ce terme ; or, pas d'hypothèque, pas d'inscription ¹. »

337. Il existe toutefois, nous le verrons ², un cas spécial où le droit de préférence est soumis à l'inscription : c'est lorsqu'il est cédé par la femme à l'acquéreur lui-même (l. 1889, § 5) ; l'inscription est alors prise, ce qui, au premier abord, peut sembler étrange, non pas sur l'immeuble aliéné, mais sur les autres immeubles du mari.

337 *bis*. Mais, hormis ce cas, l'inscription du droit de préférence n'a jamais à être prise ; aussi le conservateur duquel elle serait requise devrait-il la refuser ³.

338. Cette dispense d'inscription, jointe à la survie trentenaire du droit de préférence, constitue pour les tiers un danger sérieux. « Le droit de préférence, dit M. Guillouard ⁴, reste pendant trente ans « comme une menace pour les tiers. L'acquéreur de « l'immeuble, dix ou quinze ans après son acqui-

1. CHAVEGRIN, note sous Cass., 6 juin 1887. (S., 89, 1, 17.)

2. *Infra*, nos 470 et suivants.

3. TISSIER, n° 19. — DALMBERT, p. 358, n° 46. — WABLE, *loc. cit.*, p. 141-141, n° 127. — *Contra*, ESCOBIAC, p. 422.

Il est vrai que l'article 2199 C. c. enjoint au conservateur d'inscrire les droits hypothécaires ; mais, nous avons toujours à le répéter, le droit de préférence est un droit de créance, et non un droit hypothécaire ; le conservateur devrait donc refuser l'inscription au même titre qu'il devrait refuser l'inscription de tout autre droit de créance. Nous croyons même que le conservateur devrait refuser l'inscription du droit de préférence qui serait requise sur l'immeuble aliéné par l'acquéreur lui-même subrogé dans ce droit, l'acquéreur ayant seulement à prendre inscription sur les autres immeubles du mari.

4. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 130, n° 1824.

« sition emprunte de tiers qui, en consultant le
« registre des inscriptions, constatent qu'aucune
« hypothèque ne grève l'immeuble qui leur est
« donné en gage. Puis, lorsque l'immeuble est saisi
« et le prix mis en distribution, la femme ou ses
« créanciers subrogés apparaissent avec le droit de
« préférence conservé par la loi de 1889, et enlèvent
« aux prêteurs leur gage. »

Il est vrai que les tiers sont déjà avertis par la transcription de l'acte d'aliénation ou par la mention marginale qui ont porté la renonciation à leur connaissance, et qui ont dû les amener à en conclure que la femme avait conservé son droit de préférence conformément à la loi¹. Mais cette publicité est doublement insuffisante. D'abord, et c'est là une critique d'ordre général que nous avons déjà adressée à la publicité résultant de la transcription, les recherches sont toujours difficiles dans ces actes de vente longs et complexes, dont la transcription est la copie intégrale. Et puis et surtout, la transcription ou la mention indiquent bien que la femme a pu conserver son droit de préférence; mais elles n'indiquent pas si elle l'a effectivement conservé : après la renonciation à l'hypothèque, elle a pu en effet l'éteindre ; or les actes constatant cette extinction ne figurent pas sur le registre des transcriptions. Les tiers sont donc

1. M. WABLE considère même cette publicité comme suffisante. (WABLE, *loc. cit.*, p. 134 et suivants, nos 123-124.)

avertis qu'ils ont à se montrer prudents, mais ils ne sont pas renseignés d'une manière certaine.

339. Aussi existe-t-il ici une lacune dans la loi de 1889 : était-il possible de la combler ?

340. M. Guillouard propose d'appliquer la courte prescription de l'art. 772 du Code de procédure civile, et de décider que la femme perd son droit de préférence si un ordre n'est pas ouvert dans les trois mois qui suivent la renonciation. C'est là un procédé qui certes ne manquerait pas d'efficacité ; mais, par contre, il serait fort rigoureux pour la femme, au point de rendre presque illusoire la survie du droit de préférence ¹.

341. Pour nous, nous croyons que l'on pourrait sauvegarder tout aussi efficacement les intérêts des tiers en évitant cette rigueur. Il suffirait d'exiger l'inscription du droit de préférence ^{2 et 3}.

Bien qu'il soit un droit de créance, ce droit pré-

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 130, n° 1824, 1. — Comp. aussi *infra*, nos 393-394.

2. Nous avons admis, il est vrai, que l'on ne pouvait faire résulter de l'inscription la publicité de la renonciation même à l'hypothèque légale. Mais toutes différentes seraient l'inscription de l'hypothèque qui est éteinte et l'inscription du droit de préférence qui survit.

3. On pourrait aussi, comme pour la renonciation à l'hypothèque légale, en laissant au droit de préférence son caractère occulte, exiger une mention de la renonciation extinctive ou translatrice au droit de préférence en marge de la transcription de l'acte d'aliénation. Mais cette publicité indirecte encombrerait de mentions les marges du registre des transcriptions, et présenterait en outre de nombreux inconvénients pratiques. Il n'y a plus d'ailleurs ici aucune raison pour ne pas se servir du registre des inscriptions, qui reste le registre ordinaire en matière de publicité hypothécaire.

sente en effet cette particularité de donner à son titulaire un droit privatif sur le prix de l'immeuble aliéné, et de lui permettre à ce titre de primer les créanciers hypothécaires postérieurs à lui. Ce caractère est précisément la cause du danger auquel les tiers sont exposés, mais, par contre, il permet l'inscription ; cela est si vrai, que la loi de 1889 elle-même exige l'inscription lorsque l'acquéreur devient titulaire du droit de préférence¹ : pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque ce droit reste la propriété de la femme ou lorsqu'il est cédé à un autre subrogé ?

341 *bis*. Que l'inscription soit ainsi imposée à la femme après la dissolution du mariage ou au subrogé même avant cette dissolution, c'est là une règle qui serait fort logique, puisque l'hypothèque légale doit être inscrite dans ces deux cas.

Il pourrait, au contraire, sembler plus délicat de l'imposer à la femme au cours du mariage, puisque l'hypothèque légale est alors dispensée d'inscription. Mais, d'une part, la raison de cette dispense n'existe plus ; car c'est sur l'immeuble appartenant, non pas au mari, mais à un tiers, l'acquéreur, que l'inscription serait prise. Et, d'autre part, en cas de purge, la femme qui veut sauvegarder ses droits doit faire inscrire son hypothèque : pourquoi n'en serait-il pas de même du droit de préférence après la renonciation ?

1. Il est vrai que l'inscription est alors prise sur les autres immeubles du mari ; mais, puisqu'on l'exige sur ces autres immeubles, on aurait pu aussi bien, et même plus facilement encore, l'exiger sur l'immeuble aliéné.

342. Il n'en est pas moins vrai qu'à ce dernier point de vue, l'obligation d'inscrire le droit de préférence serait utilement et logiquement complétée par l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale elle-même. Mais ce serait là une réforme profonde, touchant à l'organisation même de tout notre système hypothécaire, et dans laquelle le législateur de 1889 ne pouvait entrer.

II. — MODES DE LIBÉRATION DE L'ACQUÉREUR ET DROITS
DES ÉPOUX AVANT LA LIQUIDATION DES REPRISES

343. Si le droit de préférence n'existait pas, l'acquéreur n'aurait qu'à payer son prix au mari vendeur de l'immeuble, conformément au droit commun. Mais, avec le droit de préférence tel que le comprend la loi de 1889, il resterait ainsi exposé à l'action en répétition de la femme. Aussi doit-il obtenir le consentement des deux époux.

344. Le paiement ainsi effectué le libère toujours vis-à-vis du mari et de la femme.

345. Mais, lorsqu'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires, ce paiement ne peut évidemment nuire aux droits de ces créanciers ; toutefois, il a encore pour effet d'entraîner, au profit de l'acquéreur, subrogation dans le droit de préférence vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. C'est là toutefois, en raison du caractère indéterminé et aléatoire des reprises de celle-ci,

une garantie fort insuffisante ¹. C'est pourquoi, dans tous les cas où l'immeuble est grevé d'hypothèques quelconques, antérieures ou postérieures à celle de la femme, l'acquéreur soucieux de ses intérêts ne doit payer qu'en procédant à la purge.

346. Le mode de libération de l'acquéreur étant ainsi différent selon qu'il existe ou qu'il n'existe pas de créanciers hypothécaires, nous aurons à examiner chacune de ces deux situations.

347. *1° Cas où il n'existe pas de créanciers hypothécaires sur l'immeuble.*

La loi de 1889 ne prévoit à ce sujet qu'une hypothèse, la plus fréquente, celle où la libération de l'acquéreur résulte d'un paiement.

Cette libération peut cependant résulter de tout autre mode d'extinction de la dette : remise de dette, novation..... etc. Il est alors en général assez facile d'appliquer les principes posés par le législateur pour le paiement.

Nous étudierons d'abord le paiement et ensuite les modes de libération autres que le paiement.

348. *a. Paiement.*

Le quatrième paragraphe de la loi de 1889, relatif au paiement, est ainsi conçu :

« Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, mais sans pouvoir répéter
« contre l'acquéreur le prix ou la partie du prix par
« lui payé de son consentement.

1. *Infra*, p. 346, n° 459.

Nous avons déjà eu à citer ce paragraphe : nous nous sommes appuyé sur lui pour décider que le droit de préférence constituait un droit de créance appartenant personnellement à la femme. C'est de lui aussi que résulte cette règle — qui n'est que le corollaire de ce principe — que le paiement, nécessitant le consentement de la femme, suppose le consentement commun des deux époux.

349. Il est facile de voir à quel titre le consentement du mari est exigé : le mari est, en effet, vendeur de l'immeuble et, comme tel, créancier du prix ; il reçoit donc le paiement de ce qui lui est dû.

350. Mais à quel titre celui de la femme l'est-il ?

On peut, sur ce point, concevoir deux interprétations :

1° Le droit de préférence de la femme, c'est, nous l'avons dit, un droit de créance à l'encontre de l'acquéreur. Dès lors, si la femme intervient au paiement, n'est-ce pas, comme le mari, pour recevoir ce qui lui est dû et en donner quittance ? Le paiement serait alors fait au mari et à la femme, chacun d'eux recevant la part encore indéterminée qui doit lui revenir sur la créance du prix, et sauf règlement ultérieur entre eux.

2° On pourrait considérer cette intervention de la femme comme une renonciation aux droits qu'elle pourrait exercer contre l'acquéreur, ou, en d'autres termes, comme une renonciation au droit de préfé-

rence. Le paiement serait alors fait au mari et au mari seul, le consentement de la femme ayant pour effet de lui permettre de toucher le prix.

Le premier de ces deux points de vue peut paraître séduisant. On est cependant d'accord pour reconnaître qu'il faut s'attacher au second ¹. Les reprises de la femme ne sont en effet ni liquides ni exigibles ; il est donc impossible qu'elle en reçoive le paiement, d'autant plus, si les époux sont soumis au régime de la communauté légale, que les deniers versés par l'acquéreur ne sauraient lui appartenir en propre. Au surplus, constituant en réalité un droit de créance sous condition suspensive, le droit de préférence ne peut faire l'objet d'un paiement valable avant l'accomplissement de la condition. (Art. 1181 C. c.) ².

351. Si le consentement des deux époux est ainsi nécessaire pour la validité du paiement, quels sont les droits de chacun d'eux agissant seul, et quel serait le sort du paiement fait à l'un seulement d'entre eux ?

Les principes que nous venons d'exposer nous permettent de répondre assez facilement à ces questions.

1. Les auteurs admettent implicitement cette solution. — WABLE, *loc. cit.*, p. 142, n° 130. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 133, n° 1829. — Comp. toutefois ESCOBIAZ, p. 154 et 162.

2. Le consentement de la femme au paiement constituant ainsi une renonciation au droit de préférence, nous en examinerons les formes et les effets en étudiant cette renonciation.

352. Le mari qui ne peut obtenir le consentement de la femme ne peut certainement pas exiger un paiement pur et simple, puisqu'il ne peut donner une quittance valable.

Mais il a, croyons-nous, le choix entre les deux partis suivants :

1° Il peut contraindre l'acquéreur à consigner ;

2° Il peut exiger le paiement en donnant caution.

Lorsqu'un ordre est ouvert sur le prix d'un immeuble du mari, et que la femme veut exercer ses droits hypothécaires, on sait que les créanciers postérieurs à elle peuvent se faire colloquer en donnant caution : le mari se trouve ici exactement dans la même situation que ces créanciers ¹.

Il nous semble impossible de refuser ces droits au mari. D'un côté, en effet, ils ne peuvent causer aucun préjudice à l'acquéreur ; et, d'un autre côté, si le mari ne pouvait rien réclamer avant la liquidation, l'acquéreur bénéficierait d'un terme qui ne lui a jamais été accordé.

A plus forte raison le mari pourrait-il accomplir en outre les actes purement conservatoires.

353. Quant au paiement qui serait fait au mari seul, voici quel sort devrait lui être réservé :

Avant la liquidation des reprises des époux, ni le mari ni la femme ne pourraient rien réclamer à l'acquéreur ; la femme seule pourrait se plaindre ² ;

1. Comp. *infra*, n° 379, note.

2. La femme conserve toutefois le droit d'accomplir les actes

or, elle ne peut pas exiger le paiement de ses reprises avant la liquidation.

Mais, après la liquidation, la femme pourrait contraindre l'acquéreur à répéter le paiement ¹ jusqu'à concurrence du montant de ses reprises ². Ce droit lui est formellement reconnu par le paragraphe 4 de notre loi; nous aurons d'ailleurs à revenir sur lui ³.

353 *bis*. Mais l'acquéreur qui aurait commis l'imprudence de payer au mari seul, sans exiger une caution, et qui se verrait ainsi exposé à une action éventuelle en répétition de la part de la femme, pourrait-il de son côté, avant la liquidation ⁴, se faire rembourser par le mari le paiement par lui fait ?

Nous ne le croyons pas. D'un côté, en effet, dès l'aliénation, le mari vendeur de l'immeuble a un droit de créance né et actuel, si bien que le paiement à lui fait est pleinement valable lorsque, au moment de la liquidation, la femme n'a pas de reprises à exercer. D'un autre côté le paiement a une juste

purement conservatoires : le mari, en effet, n'a pu la priver de ce droit sans son consentement. Comp. *infra*, n° 354.

1. Ce droit de répétition peut sembler étrange dans le cas où la renonciation à l'hypothèque légale est résultée d'un engagement par lequel la femme s'est portée garante ou caution du mari. Il se comprend cependant facilement : la femme est alors garante du trouble de droit antérieur à la vente, mais non de la faute de l'acquéreur, qui a mal payé. Comp. toutefois *supra*, n° 183.

2. Le paiement fait au mari seul se trouve donc pleinement valable si la femme n'a aucune reprise à exercer.

3. *Infra*, nos 508 et suivants.

4. Il va d'ailleurs de soi qu'après la liquidation, l'acquéreur à l'encontre duquel la femme a exercé l'action en répétition, et qui a ainsi payé deux fois, a un recours contre le mari. *Infra* n° 526.

cause, qui est l'aliénation même. Il n'y a donc à aucun titre paiement de l'indu et, par suite, possibilité d'une action en répétition au profit de l'acquéreur.

354. Quels seraient maintenant les droits de la femme si le mari refusait de réclamer le paiement ?

Ces droits seraient fort restreints. A la différence du mari, la femme n'a encore, tant que les reprises ne sont pas liquidées, aucun droit nè et actuel ; aussi se verrait-elle interdits tous les actes de poursuite et d'exécution, et ne pourrait-elle qu'accomplir les actes purement conservatoires, conformément à l'art. 1180 du Code civil ¹.

355. Quant au paiement qui serait fait à la femme seule, c'est-à-dire à la femme non autorisée ou même autorisée de justice ², il serait complètement nul. (Art. 1181 C. c.) De là résulteraient les conséquences suivantes : la femme pourrait être astreinte à le répéter, dans la mesure au moins, si elle n'a pas été autorisée, où elle a pu contracter cette obligation de répétition ; mais, par contre, les époux conserveraient leurs droits intacts. C'est ainsi que le mari pourrait, par exemple, avec le consentement de la femme, exiger un nouveau paiement ³.

1. La femme ne pourrait-elle pas exiger le paiement en donnant caution ? Nous ne le croyons pas, ses reprises n'étant ni liquides ni exigibles. Comp. *infra*, n° 379, note.

2. Le paiement fait à la femme autorisée du mari serait nécessairement valable ; ni le mari ni la femme ne pourraient l'attaquer, puisque tous deux ont consenti. On s'expliquerait toutefois d'autant plus difficilement ce rôle actif joué par la femme que son intervention devrait toujours s'interpréter comme une renonciation au droit de préférence.

3. Quant aux ayants cause des époux, par exemple au créancier du

356. Enfin, l'acquéreur qui ne pourrait obtenir le consentement des deux époux et qui voudrait se libérer, aurait un moyen bien simple d'y parvenir : ce serait de consigner.

357. *b. Modes de libération autres que le paiement.*

Le principe est toujours le même : la libération nécessite le consentement des deux époux. Il est cependant utile de donner quelques explications sur chacun de ces modes de libération.

358. 1° *Remise de dette.*

Il existe à ce point de vue trois sortes de contrats qui présentent entre eux une grande analogie, et qu'il importe cependant de ne pas confondre ; ce sont :

1° La remise de dette véritable. Elle libère complètement l'acquéreur, au même titre qu'un paiement valable, vis-à-vis du mari comme vis-à-vis de la femme.

2° La renonciation par la femme au droit de préférence. La femme perd encore ses droits dans la créance du prix ; mais l'acquéreur n'est nullement libéré. Cette renonciation, que nous aurons d'ailleurs à étudier plus complètement, a uniquement pour effet de permettre au mari de toucher le prix ; elle profite donc au mari.

3° Entre ces deux contrats pourrait s'en placer un troisième : la femme pourrait faire remise à l'acquéreur des droits qu'elle pourrait avoir à exercer

mari, formant une saisie-arrêt sur le prix, ils pourraient évidemment exercer les mêmes droits que leur débiteur, mais aussi ces droits seuls.

dans la créance du prix ; l'acquéreur serait alors libéré dans cette mesure ¹.

C'est toujours à l'intention des parties qu'il faut s'attacher pour déterminer le caractère du contrat passé par elles. Dans le doute, on devrait présumer que le contrat constitue une renonciation au droit de préférence ; il est, en effet, logique de présumer que la femme a entendu gratifier, non pas l'acquéreur, qui est un étranger pour elle, mais le mari.

358 *bis*. La remise de dette suppose évidemment, comme le paiement, le consentement des deux époux. Quant à la renonciation au droit de préférence ou à la remise des droits appartenant personnellement à la femme, elles ne nécessitent que celui de la femme dûment autorisée².

359. 2° *Novation*.

Faite avec le consentement des deux époux, la novation est certainement valable, et, à ce point de vue, comme pour le paiement, il faut assimiler la

4. Les conséquences de ce contrat seraient assez rigoureuses pour les époux. Avant la liquidation, le mari qui ne pourrait plus obtenir de la femme une renonciation au droit de préférence, se verrait dans l'impossibilité d'exiger un paiement pur et simple, paiement qui serait d'ailleurs préjudiciable aux droits de l'acquéreur ; il ne conserverait que les droits qu'il peut exercer seul, sans le concours de la femme. Après la liquidation, l'acquéreur serait libéré vis-à-vis des deux époux, jusqu'à concurrence du montant des reprises de la femme, comme s'il avait payé ces reprises ; mais, par contre, ces reprises seraient diminuées d'autant.

2. La remise des droits appartenant personnellement à la femme, comme toute remise de dette, suppose en outre l'acceptation de l'acquéreur. Il n'en est pas de même de la renonciation simplement extinctive au droit de préférence. (Sur ce dernier point, *infra*, n^o 405.)

novation consentie par le mari avec le consentement de la femme et la novation consentie par la femme autorisée du mari.

360. Mais la femme conserve-t-elle son droit de préférence sur la nouvelle créance ?

M. de Lagrevol le conteste¹. Aux termes de l'article 1278 du Code civil, en effet, « les privilèges et « hypothèques de l'ancienne créance ne passent pas à « celle qui lui est substituée, à moins que le créancier « ne les ait expressément réservés ». Le consentement de la femme devrait donc s'interpréter, ici encore, comme une renonciation au droit de préférence.

Nous croyons, au contraire, que le droit de préférence doit être présumé reporté sur la nouvelle créance, sauf toujours, bien entendu, manifestation expresse ou tacite de volonté contraire par la femme. Il faut, en effet, écarter complètement l'application de l'art. 1278 : cet article ne vise que les privilèges et hypothèques ; or, le droit de préférence, nous avons toujours à le répéter, n'est ni un privilège ni une hypothèque, mais bien un droit de créance. D'autre part, en l'absence de texte, nous ne pouvons que nous en référer à ce principe général que la renonciation à un droit ne se présume pas.

A plus forte raison en serait-il ainsi avec une novation consentie par la femme autorisée du mari. Le rôle actif, ainsi joué par la femme, indiquerait clai-

1. DE LAGREVOL, Commentaire de la loi du 13 février 1889, p. 104.

revenir qu'elle n'a pas entendu renoncer à son droit.

361. Quel serait maintenant le sort d'une novation consentie par l'un des époux agissant seul ?

Pour résoudre cette question, nous devons tout d'abord nous reporter au caractère que nous avons attribué au droit de la femme et à celui du mari. Ces deux droits constituent des créances conditionnelles : la femme est créancière à condition qu'elle ait des reprises à faire valoir dans la liquidation et dans la mesure de ses reprises ; le mari est créancier pour l'excédent du prix d'aliénation, ce qui revient à dire qu'il est créancier à condition que sa femme n'ait aucun droit à exercer sur le prix d'aliénation, soit parce qu'elle se trouve n'avoir pas de reprises, soit parce qu'elle a renoncé à son droit de préférence.

Nous avons donc à appliquer ici les règles de la novation portant sur une créance conditionnelle. De là résulte la distinction suivante :

Où l'époux a entendu éteindre complètement, et dès maintenant, la dette de l'acquéreur, et la remplacer par une créance nouvelle. Alors la novation est complètement nulle¹ : le mari lui-même, bien que vendeur de l'immeuble, ne peut avoir ce droit, car il doit respecter le droit de préférence de la femme.

Où l'époux a entendu faire porter la novation

1. Il en serait ainsi alors même que, par la liquidation, la totalité de la créance serait attribuée à l'époux qui a consenti la novation : les parties ont en effet entendu faire un contrat pur et simple ; on ne peut le transformer en contrat conditionnel.

uniquement sur la part qui doit lui revenir dans la créance du prix. Alors la novation est valable, aussi bien dans le cas où elle est consentie par le mari que dans le cas invraisemblable où elle le serait par la femme autorisée de justice : quelle raison, en effet, aurait-on de l'annuler ?

Les exemples de pareilles novations sont complètement inconnus de la pratique. On peut cependant en concevoir. C'est, par exemple, un immeuble qui est vendu 100,000 francs ; ne pouvant obtenir le consentement de la femme pour recevoir le paiement, le mari stipule avec l'acquéreur que celui-ci se libérera à son égard en lui versant immédiatement 80,000 francs. Si, lors de la liquidation, la femme a moins de 20,000 francs à réclamer à l'acquéreur, celui-ci aura gagné au contrat ; dans le cas contraire, il y aura perdu. Nous retrouvons ici l'aléa résultant nécessairement de toute novation portant sur une créance conditionnelle ¹.

Après une semblable novation consentie par l'un des époux seulement, l'autre époux conserverait naturellement les droits qu'il peut exercer seul contre l'acquéreur, mais ceux-là seulement ².

1. Bien que valable, une semblable novation serait de nature à entraîner, lors de la liquidation, des difficultés presque inextricables ; nous ne saurions donc trop conseiller de l'éviter en pratique. Nous ne pouvons nécessairement essayer de prévoir et de résoudre par avance ces difficultés, qui varieraient avec les clauses de chaque contrat.

2. C'est ainsi qu'après une novation valablement consentie par la femme seule, le mari ne pourrait plus exiger avant la liquidation un paiement pur et simple. (Comp. *supra*, n° 358, note 1.)

362. 3° *Compensation.*

Si le mari devient débiteur de l'acquéreur, la compensation qui se produit entre cette dette et la créance du prix, l'empêche évidemment d'en réclamer le paiement (art. 1289, 1290 C. c.), alors même que la femme renoncerait à son droit de préférence. Mais, après la liquidation, si la femme a des reprises à exercer, elle conserve toujours le droit de les faire valoir à l'encontre de l'acquéreur; car « la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à des tiers » (art. 1298 C. c.). La compensation ne peut d'ailleurs produire plus d'effets qu'un paiement.

Si c'est la femme qui devient débitrice de l'acquéreur, aucune compensation ne peut se produire, la créance en reprises que la femme pourra avoir à exercer sur le prix d'acquisition n'étant ni liquide ni exigible. (Art. 1291 C. c.)

363. 4° *Confusion.* — De même que la compensation, la confusion ne peut exister sur la tête de la femme. Elle peut au contraire s'opérer de deux manières : sur la tête du mari ou sur la tête de l'acquéreur.

a). *Confusion sur la tête du mari.* — Elle se produira lorsque le mari rachètera l'immeuble ou le recueillera dans la succession de l'acquéreur. Que devient dans ce cas le droit de préférence de la femme ?

On peut se demander quel intérêt aura la femme à faire valoir ce droit de préférence : dès l'instant que l'immeuble rentre dans le patrimoine du mari, il est

frappé de nouveau par l'hypothèque légale; de quelle utilité pourrait donc être le droit de préférence, puisque la femme retrouve son hypothèque elle-même? L'intérêt de la femme est cependant bien réel : l'immeuble ne rentre, en effet, dans le patrimoine du mari qu'avec tous les droits réels dont l'acquéreur a pu le grever; or, l'hypothèque que la femme retrouve ne peut dater que du jour où l'immeuble est ainsi rentré en possession du mari; elle est donc primée par tous ces droits consentis par l'acquéreur; au contraire, le droit de préférence sur le prix s'exercera sans tenir compte de ces droits.

Nous ne croyons guère possible de contester que la femme conserve son droit de préférence¹. Elle a donc ainsi une double garantie : d'abord son hypothèque légale sur l'immeuble, datant du jour où cet immeuble est rentré dans le patrimoine du mari; et ensuite son droit de préférence.

b). Confusion sur la tête de l'acquéreur. — La confusion suppose alors le décès du mari, auquel l'acquéreur succède. Il est hors de doute que la femme conserve alors son droit de préférence.

364. Si maintenant nous abandonnons ces questions de détail pour jeter un regard d'ensemble sur la règle posée par le paragraphe 4 de notre loi, nous voyons que cette règle peut se résumer dans cette formule bien simple que le consentement des deux

1. DE LAGREVOL, *Commentaire de la loi du 13 février 1889*, p. 103.

époux est nécessaire pour la libération de l'acquéreur, et notamment pour exiger et recevoir paiement.

365. Que faut-il penser de cette disposition ?

366. Il est certain que le mari ne pouvait être tenu à l'écart, aussi bien en sa qualité de chef de la communauté qu'en sa qualité de vendeur de l'immeuble.

367. Mais convenait-il d'exiger aussi l'intervention de la femme ?

368. Ce point est diversement apprécié. Il n'en pouvait guère être autrement, dit M. Wable ; car « deux
« intérêts également respectables sont en présence,
« ceux du mari, seigneur et maître de la communauté,
« et ceux de la femme, dont l'hypothèque légale doit
« être fortement protégée pour ne pas dégénérer en
« une garantie illusoire. Les opinions varieront selon
« qu'on est plus ou moins porté à protéger la
« femme » 1.

369. M. Escobiac critique cette règle.

C'est là, à un double point de vue, porter atteinte aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté.

D'abord, sous le régime de la communauté, le mari peut vendre librement les biens communs comme ses biens propres ; ce droit de vendre devrait comprendre le droit de toucher le prix, car c'est là le but de la vente. Ensuite, quand un immeuble de commu-

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 149, n° 135.

nauté est vendu, le prix est un capital qui tombe en communauté ; à ce titre, le mari devrait pouvoir en disposer comme bon lui semble ; or, la nécessité du concours de la femme à la quittance donne à celle-ci le droit de le rendre indisponible, car, si elle refuse son consentement, l'acquéreur retiendra le prix ou le consignera.

Et puis, ajoute M. Escobiac, c'est encore méconnaître le caractère de la participation de la femme à l'aliénation faite par le mari. Si le mari vend, c'est apparemment pour toucher le prix ; la femme le sait ; aussi son consentement à la vente devrait-il logiquement s'interpréter, à moins de manifestation de volonté contraire, comme un consentement au paiement. ¹

370. M. Guillouard au contraire l'approuve.

« Sans doute, dit-il, le mari puise dans ses pouvoirs de chef de la communauté le droit d'aliéner les immeubles communs, de même qu'il peut aliéner les siens propres, et d'en toucher le prix. Mais ce droit doit être combiné avec le droit d'hypothèque légale qui appartient à la femme, tant sur les immeubles propres du mari que sur les immeubles de communauté, et c'est cette configuration que la loi de 1889 nous paraît avoir bien faite. Si la femme n'avait pas renoncé du tout à son hypothèque légale, elle aurait, malgré les pou-

1. ESCOBIAc, p. 120 et 151.

« voirs du mari comme chef de la communauté, le
« droit d'exercer cette hypothèque au cas de vente
« des immeubles communs, de même qu'au cas de
« vente des immeubles propres du mari : elle n'a
« renoncé qu'à son droit de suite; il est donc présu-
« mable qu'en conservant son droit de préférence,
« elle n'a pas entendu abandonner le droit qu'elle
« avait sur le prix de l'immeuble aliéné. C'est d'ail-
« leurs ainsi que les choses se passent au cas de
« purge de l'hypothèque légale de la femme, lors-
« qu'elle a pris inscription dans les délais de l'ar-
« ticle 2194 ; l'article 2195 porte ce qui suit :

« S'il a été pris inscription du chef desdites
« femmes.... (et) si ces inscriptions..... sont plus
« anciennes, l'acquéreur ne pourra faire aucun paie-
« ment du prix au préjudice desdites inscriptions...»

« C'est ce système que la loi de 1889 a adopté
« au cas de renonciation par la femme seulement
« à son droit de suite, et nous croyons qu'il doit
« être approuvé par les mêmes motifs que dans
« l'hypothèse de l'article 2195 ¹. »

371. Si nous osions essayer de trancher la controverse qui divise les deux savants auteurs, nous nous rangerions du côté de M. Escobiac. Il est toujours très dangereux d'exiger, pour l'accomplissement d'un acte quelconque, le consentement de deux intéressés ; car l'inaction qui résulte nécessairement de

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 437, n° 1835.

leur désaccord est souvent plus funeste que l'adoption d'un parti, quel qu'il soit. Et spécialement dans notre hypothèse, qu'on suppose une femme refusant de donner son consentement au paiement ; si le mari ne trouve pas de caution, le prix sera consigné par l'acquéreur, et restera consigné jusqu'à la liquidation des reprises des époux, de telle sorte qu'une somme, peut-être fort importante, se trouvera immobilisée, et le sera pour une durée qui normalement doit être la durée du mariage lui-même ! Cette conséquence nous paraît trop grave pour que nous puissions approuver ici le législateur de 1889 : tant que l'immeuble n'était pas aliéné, le mari pouvait au moins, malgré l'hypothèque légale, tirer parti de l'immeuble lui-même ; désormais, trompé par la confiance même qu'il a eue dans la renonciation consentie par la femme, il n'aura plus l'immeuble et cependant il ne pourra disposer du prix !

372. Il est vrai que cet inconvénient existe en cas de purge ¹, mais la raison en est que précisément la femme n'a alors renoncé à aucun de ses droits. Ici, au contraire, la femme a consenti à la vente, et a renoncé à son hypothèque ; il aurait été facile d'établir la présomption que, par là même, elle autorise le mari à toucher le prix ; car, comme le remarque fort juste-

1. Cet inconvénient apparaît si nettement en cas de purge, que presque toujours, en pratique, pour l'éviter, la femme ne fait pas inscrire son hypothèque, renonçant ainsi à son droit de préférence, ou, si elle la fait inscrire, elle demande en même temps la séparation de biens, afin de faire liquider immédiatement ses reprises.

ment M. Escobiac, si le mari a vendu, c'est pour toucher le prix, et, si la femme a consenti à la vente, c'est vraisemblablement pour consentir au paiement.

373. Cette solution n'aurait d'ailleurs nullement pour résultat de faire perdre à la femme son droit de préférence. Son seul effet serait de revenir à la conception que l'on se faisait ordinairement de ce droit avant 1889¹, et de le considérer comme ne pouvant s'exercer que tant que les choses restent entières, c'est-à-dire tant que le prix reste entre les mains de l'acquéreur ou n'a pas été l'objet, de la part du mari, d'un transport ou d'une délégation.

374 2° *Cas où il existe des créanciers hypothécaires sur l'immeuble.*

375. Si le paiement fait au mari et à la femme dans les conditions que nous venons de déterminer libère l'acquéreur vis-à-vis des époux, il ne peut évidemment nuire aux droits des créanciers qui auraient une hypothèque sur l'immeuble. C'est cette règle, évidente par elle-même, que le § 4 de la loi de 1889 exprime par ces mots : « sans préjudice du droit des autres créanciers hypothécaires. »

376. Aussi, dans ce cas, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, l'acquéreur a-t-il intérêt à purger².

1. *Supra*, n° 327.

2. *Supra*, n° 345. — Rappelons toutefois à ce sujet que rien n'empêcherait encore l'acquéreur de payer avec le seul consentement du mari et de la femme, et que ce paiement le libérerait toujours vis-à-vis des époux. Le consentement de la femme serait

Mais alors, dans l'ordre qui suivra cette purge, la femme aura des droits à faire valoir nonobstant sa renonciation à l'hypothèque légale ; car, le paiement n'étant plus fait au mari, elle n'aura plus aucune raison de renoncer à son droit de préférence.

377. Quels sont exactement ces droits, et comment est-elle mise en demeure de les faire valoir ? C'est ce que nous avons à rechercher maintenant.

378. Et d'abord quels sont exactement les droits de la femme ?

379. Aucune difficulté ne peut exister lorsque, aucune surenchère n'étant portée, c'est le prix même de l'aliénation volontaire qui est distribué entre les créanciers : la femme peut alors produire sur la totalité de ce prix jusqu'à concurrence du montant de ses reprises. Il arrive cependant souvent que l'ordre s'ouvre avant la liquidation, alors qu'on ne sait pas encore quel sera le montant des reprises ; mais c'est là une situation qui se rencontre toutes les fois que la femme fait valoir ses droits hypothécaires avant la liquidation ; nous ne pouvons donc, pour tout ce qui concerne à ce point de vue la production de la femme et la collocation des créanciers, que renvoyer aux règles générales de cette matière ¹.

encore interprété comme une renonciation au droit de préférence ; il aurait même pour effet de subroger l'acquéreur dans ce droit vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. (Comp. *infra*, nos 400, 459.)

1. Voir à ce sujet GARSONNET, *Traité de procédure*, t. IV, p. 619

380. Mais, si une surenchère est portée, la femme peut-elle, toujours bien entendu dans la limite du montant de ses reprises, exercer son droit sur la totalité du prix de l'adjudication sur surenchère ? Ne doit-elle pas, au contraire, le restreindre au prix de l'aliénation volontaire consentie à l'acquéreur ?

En renonçant à son hypothèque, elle a renoncé à tout droit de suite sur l'immeuble, et s'est contentée d'un droit sur le prix de l'aliénation ; son droit est donc désormais fixé et limité à cette somme, et on ne voit pas à quel titre une surenchère qui n'est pas portée par elle, et qu'elle n'aurait même pas le droit de porter, pourrait le modifier en l'augmentant. Il semble donc que son droit doive être limité au prix de l'aliénation volontaire.

Nous croyons cependant qu'en règle générale, cette solution doit être écartée. Autrement, en effet, ce seraient les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme qui profiteraient de la renonciation, la production de celle-ci qui primait la leur étant restreinte : telle n'a certainement pas été l'intention de la femme, qui n'avait aucune raison de gratifier ces créanciers,

n° 817-2° et note 36. — AUBRY et RAU, T. III, p. 545 et suivantes. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 422 et suivantes, nos 2157 et suivants.

On admet souvent que, dans certains cas, la femme pourrait se faire colloquer elle-même en donnant caution. Cette solution nous semble assez contestable ; en effet, la femme n'a encore aucun droit sur le prix : elle n'en aura que lors de la liquidation, si elle est reconnue créancière en reprises ; aussi doit-elle être assimilée au créancier sous condition suspensive, qui n'a pas ce droit. (Comp. *supra*, n° 311 et GARSONNET, *op. cit.*, p. 618, n° 817, 1^{er} c.)

et qui a entendu renoncer uniquement au profit de l'acquéreur ¹ ; or, c'est toujours à cette intention qu'il faut se reporter pour déterminer les effets de la renonciation. D'ailleurs, la renonciation est pour ces créanciers « *res inter alios acta* » ; ils ne sont donc pas fondés à s'en prévaloir. (Art. 1165 C. civ.)

Il peut toutefois arriver que, tous les créanciers hypothécaires étant payés, une certaine somme revienne à l'acquéreur : s'il s'est porté lui-même adjudicataire, il n'a pas à la déboursier ; si l'adjudicataire est un tiers, il reste son créancier pour l'excédent du prix d'adjudication sur le prix dû aux créanciers hypothécaires. Alors, l'acquéreur lui-même a intérêt à ce que la femme limite sa production au prix de l'aliénation volontaire ; et il peut le faire, car lui au moins a le droit de se prévaloir de la renonciation à lui consentie.

De là, nous déduirons la règle suivante. En principe, la femme peut produire sur la totalité du prix de la surenchère ; les créanciers hypothécaires ne peuvent attaquer cette production ; mais l'acquéreur, pourvu toutefois qu'il y ait intérêt, peut demander qu'elle soit restreinte au prix de l'aliénation volontaire. On voit par là que les effets de la renonciation

1. C'est d'ailleurs pour la même raison que la loi elle-même décide que l'acquéreur est subrogé dans le droit de préférence de la femme dans le cas où il a payé son prix au mari et à la femme, et où il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. (l. 1889, § 5.)

à l'hypothèque légale sont relatifs et limités aux rapports de la femme et de l'acquéreur.

381. Les droits de la femme étant ainsi déterminés, nous devons maintenant rechercher comment elle est mise en demeure de les exercer.

382. D'abord, au point de vue de la procédure de purge elle-même, il est certain que l'acquéreur n'a pas à déposer son contrat au greffe, ni à adresser à la femme la sommation de l'art. 2194 C. c. : il ne peut, en effet, avoir à recommencer les formalités de la purge, puisque la renonciation déjà faite « vaut purge ». (§ 1 l. 1889.) D'ailleurs, ces formalités auraient perdu presque toute leur utilité : d'une part, la femme connaît le contrat, puisqu'elle y est intervenue pour renoncer ; d'autre part, elle n'est plus admise à surenchérir.

383. Mais alors la femme ne va pas être avertie de la purge : comment devra-t-elle donc être traitée dans la procédure d'ordre qui la suivra ?

384. Rappelons d'abord quels sont à ce sujet les principes du droit commun. Il existe une différence profonde entre le créancier dont l'hypothèque est inscrite et celui dont l'hypothèque légale, dispensée d'inscription avant la purge, n'a pas été inscrite ensuite, malgré la sommation de l'article 2194 C. c.

Dans le premier cas, le créancier doit être appelé à l'ordre amiable. Cet ordre ne peut se régler sans son consentement. Si l'ordre amiable n'aboutit pas,

il doit recevoir la sommation de produire dans les quarante jours.

Dans le second cas, le créancier est placé dans une situation fort rigoureuse. D'abord, il est déchu de son droit, si un ordre n'est pas ouvert dans le délai de trois mois de l'art. 772 C. pr. civ. Même si un ordre est ouvert dans les trois mois, il ne reçoit pas de convocation pour l'ordre amiable, et cependant son droit est éteint si cet ordre parvient à se régler, même arrière lui. (Art. 717, 751, 752 et 772 C. pr. civ.) Enfin, il n'a pas à recevoir la sommation de produire dans les quarante jours, et cependant il perd encore son droit s'il ne le fait pas valoir dans ce délai. (Art. 717, 753, 754, 755 et 772 C. pr. civ.)

Et cette rigueur s'explique aisément : le créancier a été averti de la purge ; il a reçu la sommation d'avoir à faire inscrire son droit (art. 2194 C. c.) ; s'il n'a pas pris inscription, il n'est que juste de lui faire supporter les conséquences de sa négligence.

385. Mais la femme qui a renoncé n'a pas été avertie de la purge et n'a reçu aucune sommation ; elle ne pourrait même pas prendre inscription : dans la procédure d'ordre, sera-t-elle donc assimilée au créancier qui n'a pas pris inscription ?

386. A s'en tenir uniquement au Code de procédure civile, il faudrait l'admettre. La déchéance de l'art. 772 C. pr. civ., résultant de l'expiration du délai de trois mois, s'applique, en effet, à tous « les « créanciers à hypothèque légale qui n'ont pas fait

« inscrire leur hypothèque ». De même, les art. 751 et 753 prescrivent d'adresser la convocation à l'ordre amiable et la sommation de produire dans les quarante jours uniquement aux créanciers inscrits, et les art. 717 et 772 décident que le créancier à hypothèque légale non inscrite perd son droit s'il ne le fait pas valoir avant la clôture de l'ordre amiable ou avant l'expiration des quarante jours.

387. Cette solution cependant est rejetée par tous les auteurs¹. Elle est, en effet, formellement condamnée par les travaux préparatoires de la loi de 1889.

Le projet présenté au Sénat par M. Merlin contenait un paragraphe ainsi conçu : « Toutefois, la femme conserve son droit de préférence sur le prix, conformément aux articles 717 et 772 du Code de procédure civile. » Or, ce paragraphe fut supprimé sur les observations de M. Lacombe, et la raison de cette suppression a été précisément d'éviter les déchéances portées par ces articles.

388. Il est tout d'abord certain que la déchéance prévue par l'art. 772 et résultant de l'expiration du délai de trois mois, ne s'applique pas ici. Qu'il nous suffise de rappeler à ce sujet les paroles de M. Lacombe² : « C'est à cause de cette déchéance, qui s'induit forcément de l'art. 772, que je demande,

1. TISSIER, p. 646, n° 18. — DALMBERT, p. 357, n° 15. — WABLE, *loc. cit.*, p. 132, n° 120-2°. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 132, n° 1826.

2. Sénat, 7 février 1888, Journal officiel, 1888, p. 423.

« par voie d'amendement, de limiter le renvoi à
« l'art. 717 et de ne pas l'étendre à l'art. 772. *J'ai*
« *pour but d'éviter la perte du droit de préférence qui*
« *résulterait pour la femme de ce seul fait qu'un ordre*
« *ne serait pas ouvert dans les trois mois.* »

389. De même le créancier poursuivant l'ordre doit appeler la femme à l'ordre amiable, et lui adresser la sommation de produire dans les quarante jours. Les paroles de M. Lacombe, à ce point de vue, ne sont pas moins formelles ¹ : « Ici, où il
« n'y a ni purge ni signification faites à la femme,
« où l'extinction de son droit n'est que la consé-
« quence, plus ou moins présente à son esprit, de
« son consentement à l'aliénation, il est nécessaire
« de ne pas la priver de son droit de préférence par
« la simple expiration d'un délai *et sans qu'elle ait*
« *été mise en demeure de le faire valoir.*

390. Et, si la femme doit être ainsi appelée à l'ordre amiable, il s'ensuit nécessairement que cet ordre ne peut se régler sans son consentement (Art. 751, 752 C. proc. civ.) ².

391. Que faut-il maintenant penser de ces dispositions ?

1. Sénat, 7 février 1883. Journal officiel, 1888, p. 123.

2. Quant à l'effet produit par l'accomplissement ou le défaut de ces sommations, c'est là une question que nous n'avons pas à aborder ici : les principes du droit commun en cette matière restent seuls applicables. Bornons-nous à rappeler que la femme qui a reçu la sommation de produire dans les quarante jours, et qui n'a pas produit dans ce délai, encourt la déchéance de l'article 755 C. pr. civ. Comp. aussi GARSONNET, *Traité de procédure*, t. IV, p. 517 et suivantes, n° 788.

392. Nous croyons que le législateur a eu raison d'exiger que la femme soit convoquée à l'ordre amiable, et reçoive la sommation de produire dans les quarante jours. En effet, la femme n'a pas été avertie de la purge; elle n'a même pas le droit de prendre inscription pour son droit de préférence; il serait exorbitant de la priver de son droit par une procédure accomplie arrière elle, et d'établir contre elle des déchéances qu'elle ne saurait éviter.

Il ne faut pas se dissimuler toutefois qu'en pratique il peut être fort difficile au créancier poursuivant l'ordre de connaître le droit de préférence de la femme pour lui adresser ces sommations, surtout lorsque l'immeuble a fait l'objet de plusieurs aliénations successives, et que la femme de l'un des précédents propriétaires a conservé son droit. La transcription de ces divers actes d'aliénation, que ce créancier devra consulter avec grand soin, lui permettra seule de se renseigner; mais cette transcription ne peut constituer qu'un moyen de publicité fort imparfait; à ce point de vue encore, il aurait été utile d'exiger l'inscription du droit de préférence de la femme ¹.

393. Mais n'aurait-il pas été bon de maintenir, comme le faisait le projet de loi présenté au Sénat, la déchéance prévue par l'article 772, et résultant de l'expiration du délai de trois mois?

394. C'est là une question assez controversée.

1. *Supra*, n° 341.

Pour l'apprécier, il importe de commencer par se mettre d'accord sur la portée que l'on aurait attribuée au renvoi à l'article 772, et sur le point de départ que l'on aurait assigné à ce délai.

Aurait-on interprété logiquement le projet présenté au Sénat, et aurait-on décidé que le droit de la femme est éteint par un délai de trois mois, commençant à courir, puisque la renonciation vaut purge, à partir du jour même de la renonciation ou peut-être des deux mois qui le suivent, si un ordre n'est pas ouvert pendant cette période ? Alors cette déchéance aurait toujours existé après la renonciation, même dans le cas où, aucune hypothèque ne grevant l'immeuble, l'acquéreur n'a pas à purger ; à ce titre, nous avons déjà eu à l'apprécier : elle serait assez rigoureuse pour la femme, mais elle remédierait au défaut de publicité du droit de préférence¹.

Aurait-on, au contraire, interprété littéralement le texte du projet et de l'article 772 ? Alors le point de départ du délai de trois mois aurait été l'expiration de cet autre délai de deux mois prévu par l'article 2195 C. civ., et qui, lui, commence à courir du jour où l'acquéreur, remplissant effectivement les formalités de la purge des hypothèques dispensées d'inscription, dépose son contrat au greffe et adresse aux créanciers

1. *Supra*, n° 340. Elle se comprendrait d'autant moins qu'elle existerait même dans le cas où aucune hypothèque ne grève l'immeuble, et qu'alors il n'y a aucune raison d'ouvrir un ordre.

la sommation de l'article 2194 du Code civil. Ainsi comprise, cette déchéance aurait été complètement illogique. Elle n'aurait pu s'appliquer en effet que dans le cas où l'acquéreur aurait procédé à la purge des hypothèques dispensées d'inscription ; mais la renonciation a eu précisément pour effet d'éviter l'accomplissement de ces formalités pour l'hypothèque légale de la femme. Il aurait donc fallu, pour la voir se réaliser, supposer qu'il existe sur l'immeuble des hypothèques légales dispensées d'inscription autres que celle de la femme, et que l'acquéreur procède à la purge de ces hypothèques ; mais comment pourrait-on raisonnablement expliquer que l'existence ou la non-existence de ces hypothèques puisse exercer une influence quelconque sur la situation de la femme ? Et puis ce système n'aurait même plus l'avantage de suppléer au défaut de publicité du droit de préférence ; car les tiers ne pourraient compter sur une déchéance ne se réalisant ainsi que dans des cas exceptionnels, et, d'un autre côté, il aurait encore l'inconvénient d'assigner, comme point de départ à ce délai, une procédure dont la femme ne serait pas avertie.

395. De la procédure de purge, il faut rapprocher celle de saisie immobilière, qui présente avec elle une grande analogie : si l'immeuble est saisi entre les mains soit de l'acquéreur, soit d'un sous-acquéreur, quels sont les droits de la femme ayant renoncé à son hypothèque ?

396. Il importe de bien préciser l'hypothèse en présence de laquelle nous nous plaçons ici. Nous ne nous occupons nullement des droits de l'acquéreur dans le cas où celui-ci a été subrogé dans le droit de préférence, par exemple par un paiement régulièrement effectué, et peut à ce titre faire valoir des droits sur le prix d'adjudication. Nous supposons que la femme a conservé son droit de préférence, soit que le prix n'ait pas encore été payé par l'acquéreur, soit qu'il l'ait été sans consentement.

397. Il nous paraît certain que la situation de la femme est alors exactement la même qu'en cas de purge, les raisons étant toujours les mêmes. Toutefois, si le prix d'adjudication était inférieur au prix de l'aliénation volontaire, l'acquéreur serait responsable de la différence envers la femme, la renonciation ayant eu pour effet de le rendre, à due concurrence, débiteur de celle-ci ¹ et ².

Quant à la procédure, la femme n'a pas à recevoir la sommation de l'article 692 du Code de procédure civile, puisque le droit de suite attaché à son hypothèque est éteint, et qu'elle ne peut plus prendre inscription ; mais, dans l'ordre, elle doit toujours recevoir les sommations des articles 751 et 753 du Code de procédure civile ³ et ⁴.

1. Comp. *supra*, nos 302-309.

2. A l'inverse, si le prix d'adjudication était supérieur au prix de l'aliénation volontaire, la situation de la femme serait la même qu'avec une surenchère en cas de purge. Comp. *supra*, n° 380.

3. Comp. *supra*, nos 331-390.

4. À ce point de vue, la femme se trouve dans une meil-

III. — RENONCIATION AU DROIT DE PRÉFÉRENCE

398. Si la renonciation à l'hypothèque légale n'éteint que le droit de suite, il n'en est pas moins vrai qu'ordinairement, la femme renonce ensuite également à son droit de préférence, afin de permettre au mari de toucher le prix ; nous avons vu que son consentement au paiement doit être interprété comme tel.

399. Cette renonciation est réglementée par les paragraphes 4 et 5 de la loi de 1889. Le texte du second de ces paragraphes est particulièrement obscur : à la première lecture, il paraît même à peu près inintelligible.

400. Le législateur, — et c'est là un premier tort, — au lieu de poser un principe général, se place dans une hypothèse spéciale et déterminée. Il

leur situation que si elle n'avait pas renoncé à son hypothèque légale.

Si elle avait conservé son hypothèque, le créancier poursuivant la saisie n'aurait à lui adresser la sommation de l'article 692 C. pr. civ. que si le mariage était connu de lui d'après son titre ; et cependant, dans la procédure d'ordre, si elle n'avait pas pris inscription, elle n'aurait pas à recevoir les sommations des articles 751 et 753 C. pr. ; son droit pourrait donc se trouver éteint par une procédure à laquelle elle n'aurait pas été appelée.

Si elle a renoncé à son hypothèque, au contraire, peu importe que le créancier poursuivant l'ordre connaisse ou ne connaisse pas le mariage d'après son titre ; il doit toujours adresser à la femme les sommations des articles 751 et 753 C. pr. civ. Ni le texte de la loi de 1889 ni les paroles de M. Lacombe ne permettent en effet aucune distinction ; le créancier peut d'ailleurs connaître la renonciation par le registre des transcriptions. La femme est donc assurée d'être appelée à la procédure.

suppose un paiement fait au mari avec le consentement de la femme, et la renonciation au droit de préférence résultant de ce paiement. Il édicte alors les deux règles suivantes :

S'il n'existe sur l'immeuble aucun créancier hypothécaire, ou encore s'il n'existe que des créanciers antérieurs à la femme, la renonciation éteint le droit de préférence¹.

S'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, elle a pour effet de subroger l'acquéreur dans le droit de préférence^{2 et 3}. Mais cette subrogation est limitée au droit de préférence que la femme avait conservé sur le prix de l'immeuble ; elle ne s'étend pas à son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari⁴.

401. C'est là une distinction qui repose sur une interprétation de la volonté présumée des parties, et qui est fort rationnelle.

Dans le premier cas, en effet, il suffit à l'acquéreur d'éteindre le droit de préférence⁵ ; une subroga-

1. § 4, l. 1889. Comp. *supra*, n° 350.

2. § 5, l. 1889. Comp. *infra*, nos 448-452.

3. C'est là une hypothèse assez longuement réglementée par la loi de 1889. Elle est cependant presque inconnue de la pratique ; cette subrogation elle-même serait en effet insuffisante pour sauvegarder complètement les droits de l'acquéreur ; aussi, pratiquement, celui-ci ne se borne-t-il jamais à payer son prix au mari avec le consentement de la femme et recourt-il à la purge. Comp. nos 345 et 459.

4. Toutefois, la femme pourrait évidemment, par une clause expresse et formelle, subroger l'acquéreur dans cette hypothèque légale, conformément au droit commun.

5. Il est évident que, s'il existe sur l'immeuble des créanciers hypo-

tion dans ce droit ne pourrait même présenter aucune utilité pour lui.

Dans le second, au contraire, une renonciation simplement extinctive ne profiterait qu'aux créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, qui conserveraient le droit de l'évincer, et qui se verraient débarrassés de l'hypothèque légale qui les primait. Seule une renonciation ayant pour effet de le subroger dans le droit de préférence, peut lui être réellement utile : il reste toujours exposé aux poursuites de ces créanciers ; mais, s'il est évincé dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, il produira au lieu et place de la femme pour recouvrer, par préférence à eux, le remboursement de son prix d'acquisition ¹.

402. Ce sont là les seules règles posées à ce sujet par le législateur de 1889. Il est cependant certain que la renonciation au droit de préférence peut résulter d'actes autres que le consentement de la femme au paiement². Aussi, il ne faut pas hésiter à généraliser ces solutions et à les appliquer à toutes ces renonciations ; car, dans toutes, la situation étant exactement la même, il est logique d'interpréter de même l'intention des parties.

thécaires antérieurs à la femme, cette extinction ne peut mettre l'acquéreur à l'abri des poursuites de ces créanciers ; mais une subrogation dans le droit de préférence ne pourrait davantage le prémunir contre elles.

1. D'un autre côté, il n'y avait aucune raison pour attribuer à cette subrogation une portée plus étendue, et pour présumer chez la femme l'intention de la faire porter sur son hypothèque légale grevant les autres immeubles du mari.

2. *Infra*, n° 409.

Dès lors, nous croyons que l'on peut, d'une manière générale, formuler les deux principes suivants :

1° S'il n'existe pas sur l'immeuble de créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, la renonciation au droit de préférence consentie à l'acquéreur est présumée extinctive.

S'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, elle a pour effet de subroger l'acquéreur dans le droit de préférence ¹.

403. D'un autre côté, si la femme peut ainsi renoncer à son droit de préférence au profit de l'acquéreur, elle peut aussi y renoncer, soit pour l'éteindre, soit encore pour le céder, au profit d'un tiers autre que cet acquéreur ; il y a là, en effet, une épave de son hypothèque légale dont elle peut disposer comme de tout autre bien.

404. Il en est donc de la renonciation au droit de préférence comme de la renonciation à l'hypothèque elle-même ; il existe deux sortes de renonciation : la renonciation simplement extinctive et la renonciation translatrice.

A l'exemple du législateur de 1889, nous nous occuperons spécialement de la renonciation soit extinctive, soit translatrice, consentie à l'acquéreur, qui

1. Il est d'ailleurs évident que ces principes ne s'appliquent qu'à la renonciation consentie à l'acquéreur. C'est ainsi que, s'il existait sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, et si une renonciation était consentie à leur profit, il n'y aurait aucune raison pour considérer cette renonciation comme translatrice.

seule rentre, à proprement parler, dans le sujet que nous nous sommes proposé ici ¹. Nous aurons cependant certaines explications, quelquefois même assez détaillées, à donner sur la renonciation consentie à un tiers autre que l'acquéreur, et principalement sur la renonciation translatrice.

405. Et d'abord, la même question se pose ici que pour la renonciation à l'hypothèque légale : quelle est la nature de cette renonciation au droit de préférence ? Est-elle un contrat nécessitant, avec le consentement de la femme, l'acceptation de l'acquéreur ? Est-elle un acte unilatéral parfait par le seul consentement de la femme ?

Il faut distinguer :

La renonciation translatrice est un contrat ².

La renonciation simplement extinctive est un acte unilatéral de la part de la femme.

Les mêmes solutions devaient être admises, nous l'avons vu, avant la loi de 1889, pour la renonciation à l'hypothèque légale ; elles peuvent se justifier ici par les arguments que nous avons eu à exposer en étudiant cette question ³.

406. Mais une renonciation translatrice consen-

1. La loi de 1889 s'occupe en effet uniquement de la renonciation consentie à l'acquéreur.

2. Ordinairement, l'acceptation de l'acquéreur est tacite ; elle résulte suffisamment du paiement lui-même. Il faudrait d'ailleurs la présumer très facilement, puisque la renonciation est destinée à profiter à l'acquéreur ; c'est ainsi qu'il suffirait que l'acquéreur l'ait connue sans protester. Comp. *supra*, n° 172.

3. V. *supra*, nos 149-150.

tie à l'acquéreur, et nulle pour défaut d'acceptation de celui-ci, pourrait-elle être validée comme renonciation extinctive ?

Ici encore, une distinction nous paraît s'imposer.

Où il y a sur l'immeuble des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. Alors la renonciation ne peut pas être transformée en renonciation extinctive : dans l'intention de la femme, en effet, elle est destinée à profiter à l'acquéreur ; considérée comme extinctive, elle profiterait, non plus à cet acquéreur, mais aux créanciers hypothécaires ; on ne peut changer ainsi la volonté de la femme.

Où il n'existe pas de créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. Alors rien ne s'oppose à ce que la renonciation vaille comme renonciation extinctive : ces deux renonciations aboutissent en effet au même résultat, l'acquéreur ne pouvant jamais avoir à exercer le droit de préférence de la femme ¹.

407. Pour étudier ce sujet assez complexe des renonciations au droit de préférence, nous aurons à examiner :

1° Les formes de la renonciation,

2° Ses effets.

1. Cela est si vrai que l'on ne comprendrait même pas pourquoi dans ce cas, la femme consentirait une renonciation translatrice. N'oublions pas d'ailleurs que cette hypothèse est précisément celle où la renonciation est présumée extinctive. Rien cependant n'empêcherait la femme, en cas de renonciation expresse, de qualifier sa renonciation de translatrice.

408. 1° *Formes de la renonciation au droit de préférence.*

409. La loi de 1889 ne prévoit qu'un cas de renonciation au droit de préférence : le concours ou le consentement de la femme à la quittance totale ou partielle du prix. C'est là un cas de renonciation tacite.

Il est cependant certain que la renonciation peut résulter de tout autre acte manifestant chez la femme l'intention de renoncer, car le principe de la liberté des conventions conserve ici tout son empire. « Ce que la
« femme peut faire tacitement, dit M. Guillouard, en
« laissant payer par l'acquéreur une partie de son
« prix, elle peut, à plus forte raison, le faire expres-
« sément, et les principes du droit commun, cor-
« borés avec le passage que nous venons de citer (§ 4
« l. 1889), conduisent à dire que la femme peut re-
« noncer à son droit de préférence soit expressément
« par une convention formelle, soit tacitement toutes
« les fois que l'intention de faire cette renonciation
« se dégagera des circonstances ¹ ».

410. Et, ainsi que le suppose le paragraphe 5 de la loi, cette renonciation pourrait résulter soit de l'acte même contenant renonciation à l'hypothèque légale, soit d'un acte postérieur. C'est ainsi que la femme pourrait stipuler que la renonciation consentie par elle

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 433, n° 1829. — V. aussi WABLE, *loc. cit.*, n°s 129-130. — DALMBERT, *loc. cit.*, appendice I, n° 18.

éteindra complètement son hypothèque, aussi bien quant au droit de préférence que quant au droit de suite ^{1 et 2}.

411. La loi de 1889 ne soumet la renonciation au droit de préférence à aucune formalité, sauf dans un cas, lorsqu'il s'agit d'une renonciation translatrice au profit de l'acquéreur, et encore se borne-t-elle alors à exiger une formalité de publicité, l'inscription, et à ne permettre qu'à une catégorie très restreinte de tiers de se prévaloir de son inaccomplissement.

412. Est-ce à dire que la renonciation échappe à toute autre règle de forme, aussi bien pour sa validité à l'égard des parties que pour son efficacité à l'égard des tiers ?

413. Et d'abord la renonciation à l'hypothèque légale elle-même, en tant qu'elle porte sur le droit de suite, doit être faite par acte authentique. La renonciation au droit de préférence est-elle assujettie à la même formalité ? Spécialement, lorsque cette renonciation résulte du concours de la femme à la quittance du prix, cette quittance doit-elle être authentique ?

414. Si la renonciation au droit de préférence a lieu dans l'acte même qui contient renonciation au droit de suite, l'acte unique duquel résultent ces deux

1. Comp. *supra*, n° 325.

2. Remarquons toutefois que la renonciation au droit de préférence ne saurait être antérieure à la renonciation à l'hypothèque elle-même : dans l'intervalle entre ces deux renonciations, le droit de suite se trouverait en effet exister seul, ce qui est matériellement impossible. Comp. *supra*, n° 301, note.

renonciations doit être authentique ¹ : il doit, en effet, valoir comme renonciation au droit de suite, car il serait impossible de concevoir la renonciation au droit de préférence sans la renonciation au droit de suite ².

415. Mais en est-il encore de même si, après une renonciation au droit de suite, valablement passée par acte authentique, la femme renonce, dans un acte distinct, au droit de préférence, si, par exemple, elle concourt à la quittance ultérieure du prix ?

416. M. Escobiac le pense ³.

D'abord le législateur de 1889, en exigeant un acte authentique pour la renonciation au droit de suite, a voulu l'intervention d'un officier ministériel pour éclairer la femme sur la gravité de sa renonciation. Or, la renonciation au droit de préférence est plus grave encore : la femme qui a renoncé au droit de suite conserve au moins le droit d'être payée par préférence sur le prix ; avec la renonciation au droit de préférence, elle perd tous les avantages que lui donnait son hypothèque légale. C'est donc *a fortiori* que l'authenticité doit être exigée.

Et puis, à défaut du texte de la loi de 1889, cette situation rentre bien dans les termes de l'art. 9 de la loi de 1855, qui soumet à la formalité de l'authenticité les actes contenant subrogation ou renonciation à l'hypothèque légale.

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 142, n° 1840.

2. Comp. *supra*, n° 301, note.

3. ESCOBIAC, p. 154.

417. Cette opinion nous paraît inexacte.

« En principe, dit en effet M. Guillouard, la règle
« est la liberté pour les parties de rédiger leurs con-
« ventions dans la forme qu'il leur plaît d'adopter,
« et la nécessité d'employer une forme solennelle
« constitue une exception ; et nous ne trouvons
« cette exception, en ce qui concerne la renon-
« ciation au droit de préférence, ni dans la loi de
« 1889 ni dans celle de 1855. La première de ces
« lois n'exige l'authenticité que pour la renon-
« ciation par la femme à son *hypothèque légale*,
« et il ne s'agit ici que de la renonciation au droit
« de préférence, et, de même, la loi de 1855 n'a
« trait qu'aux actes par lesquels les femmes cèdent
« leur *hypothèque légale* ou y renoncent.

« On objecte que la femme est privée, pour cet acte
« si grave, de la protection dont les lois de 1855 et
« de 1889 ont voulu l'entourer. Nous ferons deux
« réponses : la première, que le législateur n'ayant
« rien dit, il n'appartient pas à l'interprète de sup-
« pléer à cette lacune ; la seconde, que les précau-
« tions prises pour éclairer la femme sur la portée
« de sa renonciation au droit de suite, qui la dépouille
« de son droit sur l'immeuble, ont pu paraître suffi-
« santes, sans que l'on recommence à employer la
« même forme pour un acte qui n'est que le corol-
« laire et le complément du premier ¹. »

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 434, nos 1830 et 1831. — En ce sens :
TISSIER, p. 648. — WABLE, *loc. cit.*, n° 131. — César BRU, *op. cit.*, p. 182.

418. Mais, si la renonciation au droit de préférence peut ainsi résulter d'un acte sous seing, ou même de simples circonstances de fait que les tribunaux apprécieront souverainement, n'est-elle pas au moins assujettie à quelques conditions de publicité pour devenir opposable aux tiers ?

419. La publicité de la renonciation translatrice soulève quelques questions fort complexes. Aussi, nous la laisserons de côté pour le moment, pour n'en aborder l'étude qu'après avoir examiné les effets de cette renonciation, et avoir montré dans quelle mesure ces effets peuvent intéresser les tiers.

420. Nous nous occupons donc ici uniquement de la renonciation extinctive : il nous paraît certain qu'elle n'a pas à être publiée, la loi ne prescrivant aucun mode de publicité ¹.

421. C'est là, en législation, une insuffisance regrettable ; car la femme peut ainsi céder à un tiers un droit qu'elle n'a plus, et ce tiers se voir opposer une renonciation qu'il n'a pu connaître.

422. On objecte que le droit de préférence est un droit de créance, et que la situation est la même pour toute extinction de créance : le paiement, la remise de dette n'ont pas à être publiés ; c'est au tiers cessionnaire à se renseigner auprès du débiteur

DALMBERT, *De la purge des privilèges et hypothèques*, appendice 1, n° 18. — BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *Du nantissement, Des privilèges et hypothèques*, t. II, n° 4153. — Comp. Cass., 11 juin 1894 (Dall., 96, 1, 537, et note de M. DE LOYNES.)

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 145, n° 132.

pour savoir si la créance existe encore. De même, ici, le tiers cessionnaire devra se renseigner auprès de l'acquéreur, débiteur de la femme.

Mais ces renseignements, pris ainsi auprès du débiteur, peuvent ne pas donner aux intéressés une sécurité complète. Avec une créance ordinaire, on doit, il est vrai, s'en contenter, car on ne voit pas quel autre mode pratique de publicité pourrait être organisé ; pour la renonciation au droit de préférence au contraire, il était facile d'organiser une publicité autrement efficace : on pouvait soit exiger l'inscription du droit de préférence lorsqu'il survit, soit, en conservant la dispense d'inscription, exiger une mention à côté de la transcription de la renonciation lorsqu'il est éteint¹.

423. De cette renonciation au droit de préférence, il faut rapprocher les hypothèses dans lesquelles la femme ne peut conserver aucun droit de préférence sur le prix, pour la raison bien simple qu'il n'y a pas de prix. Telle serait, par exemple, la renonciation avec un contrat d'échange, de dation en paiement, d'apport en société, de transaction. Par la force même des choses, cette renonciation éteint complètement l'hypothèque légale, aussi bien quant au droit de préférence que quant au droit de suite ; l'intention de la femme ne peut avoir été autre. Mais alors elle est soumise à toutes les conditions de formes que nous avons examinées dans notre chapitre III.

1. Comp. *supra*, p. n° 341.

424. 2° « *Effets de la renonciation.* »

La renonciation au droit de préférence pouvant être extinctive ou translatrice, nous aurons à étudier les effets de ces deux sortes de renonciations.

425. A. — *Renonciation extinctive.*

426. Les effets de la renonciation extinctive sont des plus simples : la femme, qui a déjà éteint le droit de suite sur l'immeuble, éteint de même le droit qu'elle conservait sur le prix ; de l'hypothèque légale rien ne subsiste donc plus.

En conséquence, si cette renonciation intervient avant le paiement du prix, l'acquéreur peut désormais valablement se libérer entre les mains du mari seul. Si elle intervient au moment même du paiement, conformément au § 4 de la loi, le paiement ainsi fait au mari avec le consentement de la femme est pleinement libératoire pour l'acquéreur. Si elle intervient après un paiement fait au mari seul, elle a pour effet de le ratifier et par là de le valider.

427. De son côté, si la femme a perdu tout droit sur l'immeuble et sur le prix, elle n'en conserve pas moins dans son intégralité le montant de ses reprises, et ces reprises sont toujours garanties par son hypothèque légale. Sa situation est la même que celle de tout créancier hypothécaire qui, ayant une hypothèque sur plusieurs immeubles, renonce à son droit sur l'un d'eux : la créance reste intacte ; l'une seulement des sûretés qui la garantissait est perdue.

428. B. — *Renonciation translatrice.*

429. La renonciation translatrice au droit de préférence peut intervenir soit au profit d'un tiers autre que l'acquéreur, soit au profit de l'acquéreur lui-même.

Ces deux hypothèses présentent entre elles une grande analogie, et il aurait été logique de les soumettre aux mêmes règles. Cependant, le législateur de 1889 s'est toujours occupé uniquement de la renonciation consentie à l'acquéreur; il en résulte en cette matière des anomalies regrettables.

Pour étudier ce sujet dans son ensemble, et même pour bien faire comprendre la renonciation consentie à l'acquéreur, nous aurons à examiner chacune de ces deux situations.

430. 1° Renonciation translatrice au profit d'un tiers autre que l'acquéreur.

Nous en verrons d'abord les effets; nous rechercherons ensuite, puisque nous avons réservé cette question, à quelle publicité elle est soumise.

431. En principe, le tiers cessionnaire a nécessairement les mêmes droits que la femme: comme elle, il peut, au moment de la liquidation des reprises de la femme, mais à ce moment seulement, réclamer à l'acquéreur le paiement du prix d'aliénation jusqu'à concurrence du montant de ces reprises; de même, en cas de purge ou de saisie, il pourrait produire dans l'ordre au lieu et place de la femme; enfin, il peut à son tour renoncer à son droit ou le céder.

432. Sa situation diffère cependant de celle de la

femme à un point de vue important. Nous avons vu que, dans une procédure d'ordre, la femme doit recevoir la convocation à la tentative d'ordre amiable et la sommation de produire dans les quarante jours¹. (Art. 751 et 753 C. proc. civ.) Cette convocation et cette sommation n'ont pas à être adressées au subrogé.

En droit commun, en effet, en cas de purge, lorsque la femme a subrogé un créancier dans son hypothèque, on admet que les significations de l'article 2194 du Code civil n'ont pas à être adressées à ce subrogé². Il doit en être de même ici pour les sommations des articles 751 et 753 du Code de procédure civile, car les raisons sont les mêmes : il s'agit en effet d'une matière où tout est de droit étroit ; or, s'il résulte des travaux préparatoires de la loi de 1889 que le législateur a voulu que la femme reçoive ces significations, aucun texte ni aucun passage des travaux préparatoires ne permettent d'étendre cette règle au subrogé.

Et ceci se comprend facilement, car le créancier poursuivant l'ordre n'a nullement été informé de la subrogation. Il est vrai, nous le verrons, que cette subrogation est assujettie aux formalités de publicité de l'article 1690 du Code civil (signification à l'acquéreur ou acceptation de celui-ci par acte authentique);

1. *Supra*, nos 383 et suivants.

2. GARSONNET, *Traité de procédure*, t. IV, p. 523, n° 788 γ. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 443, n° 2145.

mais jamais, dans une procédure d'ordre, le créancier n'est obligé et ne peut être obligé à aller se renseigner auprès du débiteur pour savoir si une subrogation quelconque n'est pas intervenue.

433. Mais au moins le créancier subrogé ne pourrait-il pas, en faisant inscrire la subrogation, se prévaloir de ces articles 751 et 753, qui prescrivent d'adresser cette convocation et cette sommation aux « créanciers inscrits » ?

Ici encore, la réponse doit être négative.

D'abord, cette inscription prise par le subrogé n'est organisée par aucun texte; le conservateur devrait même la refuser¹; on ne comprendrait donc pas comment une formalité accomplie ainsi en dehors de la loi pourrait produire des effets légaux, ni comment la situation du subrogé pourrait dépendre du bon vouloir du conservateur. Et puis, l'expression « créanciers inscrits » des articles 751 et 753 vise uniquement les créanciers qui ont fait inscrire leur hypothèque, et non pas ceux qui ont fait inscrire un droit de préférence.

434. Mais, si le créancier poursuivant l'ordre n'a pas à adresser la convocation et la sommation au subrogé, il doit au moins les adresser à la femme, qui, pour lui, reste toujours titulaire du droit de préférence; et nous croyons que celle-ci aurait le devoir de les porter à la connaissance du subrogé, à peine d'engager

1. *Supra*, n° 337 bis, note.

sa responsabilité personnelle vis-à-vis de lui. (Arg. art. 1135.)

435. Quels sont maintenant les effets produits par la-subrogation en la personne de la femme ?

Ces effets sont à peu près les mêmes que ceux de la subrogation dans l'hypothèque légale elle-même ¹.

436. Il faut distinguer deux cas :

437. 1° Si la femme a cédé son droit de préférence à un de ses propres créanciers ou encore à un tiers qui n'avait ni la communauté ni le mari pour obligé, le montant des reprises se trouve diminué d'autant c'est-à-dire qu'il est réduit dans la proportion de la somme que touchera le cessionnaire en vertu de la subrogation : ce sont en effet les reprises de la femme qui lui seront payées par l'acquéreur.

De là résulte cette conséquence pratique que l'hypothèque légale conservée par la femme sur les autres immeubles du mari ne peut plus porter que sur les reprises ainsi diminuées.

438. 2° Si la femme a cédé son droit de préférence à un créancier du mari ou de la communauté, ses reprises ne sont nullement diminuées, mais la date de son hypothèque légale, qu'elle conserve sur les autres immeubles du mari, est reculée.

Sans doute, c'est toujours sa créance en reprises qu'elle cède, et ce sont ces reprises que touchera le

1. Comp. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 84 et suivantes, nos 1787 et suivants.

subrogé. Mais la subrogation a été faite dans l'intérêt du mari ou de la communauté ; aussi, à la diminution des reprises qui en résulterait correspond une nouvelle créance en reprises d'égale valeur, qui naît au même instant au profit de la femme.

Et, d'autre part, cette nouvelle créance est, elle aussi, garantie par l'hypothèque légale ; mais cette hypothèque ne peut dater que du jour de la subrogation, puisque la créance elle-même ne date que de ce jour.

De cette analyse résulte donc cette conséquence finale que la subrogation laisse intact le montant des reprises de la femme, mais recule la date de l'hypothèque qui les garantit ¹.

439. Les effets de la subrogation étant ainsi déterminés, nous avons maintenant à examiner les conditions de publicité auxquelles elle est soumise.

440. Nous devons tout d'abord rechercher quels sont les tiers qui ont intérêt à la connaître.

441. Il existe une catégorie de créanciers dont la situation n'est nullement modifiée par la subrogation. Ce sont les créanciers ayant sur l'immeuble une hy-

1. Pour connaître la date de l'hypothèque légale, il faut donc désormais scinder les reprises en deux parties : la première, consistant dans les reprises primitives diminuées de la somme qui sera payée au subrogé sur le prix de l'aliénation, est garantie par l'hypothèque conservant sa date primitive ; la seconde, égale au montant de cette somme ainsi touchée par le subrogé, est garantie par une hypothèque datant seulement du jour de la subrogation. Comp. n° 475, notes.

pothèque postérieure à celle de la femme ¹ : au lieu d'être primés par la femme, ils le seront par le subrogé ; peu leur importe.

La subrogation n'a donc pas à être portée à leur connaissance. Aussi est-il certain que le subrogé peut produire dans l'ordre sans avoir à remplir aucune formalité de publicité, et notamment sans prendre inscription ² : la femme le peut ; il doit donc en être de même de lui, aucun texte n'établissant de différence entre eux, et le droit de préférence ne changeant pas de nature en passant aux mains du subrogé. Occulte sur la tête de la femme, ce droit reste donc tel sur la tête du cessionnaire ³.

442. Par contre, trois classes de tiers ont intérêt à connaître la subrogation ; ce sont :

1° L'acquéreur lui-même. A partir du jour où la subrogation lui est opposable, il doit, pour effectuer un paiement valable, obtenir le consentement, non plus de la femme, mais du subrogé.

2° Les tiers que la femme subrogerait ultérieurement dans son droit de préférence. Si une première subrogation à eux opposable a déjà été consentie

1. Quant aux créanciers hypothécaires antérieurs à la femme, il est évident que la subrogation ne peut aucunement les intéresser.

2. WABLE, *loc. cit.*, p. 56 et suivantes, n° 141.

3. Ce serait plutôt le subrogé lui-même qui aurait intérêt à être astreint à inscrire. On aurait alors pu exiger qu'il reçoive des créanciers poursuivant l'ordre, la convocation et la sommation des articles 751 et 753.C. pr. civ. Mais nous avons vu que la loi ne lui impose pas cette obligation et ne lui confère pas ce droit. (*Supra*, n° 433.)

dans ce même droit, ils ne peuvent plus recevoir qu'un droit n'existant plus.

3° Les tiers que la femme subrogerait ultérieurement dans son hypothèque sur les autres immeubles du mari. Sans la subrogation dans le droit de préférence, en effet, l'hypothèque légale serait restée intacte, et c'est cette hypothèque intacte que ces tiers recevraient. Après cette subrogation, au contraire, la valeur de l'hypothèque légale est notablement diminuée, soit parce que les reprises elles-mêmes sont diminuées; soit parce que le rang de l'hypothèque est reculé, et ces tiers ne peuvent plus recevoir que l'hypothèque ainsi restreinte.

443. Comment donc la subrogation dans le droit de préférence doit-elle être portée à la connaissance de ces divers intéressés?

444. C'est là une question controversée.

445. Pour certains auteurs, elle doit être inscrite¹. L'article 9 de la loi de 1855 exige, en effet, l'inscription de la subrogation dans l'hypothèque légale. Et, d'un autre côté, le dernier paragraphe de la loi de 1889 assujétit à la même formalité la renonciation translatrice consentie à l'acquéreur lui-même; il ne peut en être autrement de celle qui est consentie à un tiers autre que l'acquéreur.

Cette opinion nous paraît inexacte.

A l'argument tiré de l'article 9 de la loi de 1855,

1. BAUDRY-LACANTINERIE, T. III, n° 1241 *bis*.

nous ferons toujours la même réponse : cet article n'a trait qu'à la subrogation dans l'hypothèque légale elle-même, et non à la subrogation dans le droit de préférence.

Et quant à l'argument tiré de la loi de 1889, on en exagère singulièrement la portée. D'abord, l'inscription n'est exigée par cette loi que dans l'intérêt des créanciers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, et eux seuls, nous le verrons¹, peuvent se prévaloir de son inaccomplissement ; si donc on voulait ici s'appuyer sur cette disposition, il faudrait, à tout le moins, décider de même que le défaut d'inscription ne peut être invoqué que par ces créanciers. Et même, ainsi restreinte, cette opinion serait encore inexacte : la loi de 1889 n'exige, en effet, l'inscription que lorsque la subrogation est consentie à l'acquéreur lui-même ; or, bien qu'il puisse être logique d'étendre la même règle à la subrogation consentie à un tiers autre que l'acquéreur, l'intérêt de ces créanciers étant le même, il est impossible de suppléer au silence du législateur et de créer une formalité sans texte.

446. Il ne résulte cependant pas de là que cette subrogation échappe à toute publicité.

Le droit de préférence est, en effet, un droit de créance ; aussi la cession qui peut en être faite est-elle soumise aux formalités de publicité de l'article

1. *Infra*, nos 469 et suivants.

1690 du Code civil : signification au débiteur, qui, dans l'espèce, est l'acquéreur, ou acceptation de celui-ci par acte authentique. C'est l'accomplissement de ces formalités, et non pas l'inscription, qui rend la subrogation opposable aux tiers 1.

447. 2° Renonciation translatrice au profit de l'acquéreur lui-même.

448. C'est cette hypothèse qui est prévue par le dernier paragraphe de la loi de 1889, ainsi conçu :

« Le concours ou le consentement donné par la
« femme, soit à un acte d'aliénation contenant quit-
« tance totale ou partielle du prix, soit à l'acte
« ultérieur de quittance totale ou partielle, emporte
« même, à due concurrence, subrogation à l'hypo-
« thèque légale sur l'immeuble vendu au profit de
« l'acquéreur vis-à-vis des créanciers hypothécaires
« postérieurs en rang ; mais cette subrogation ne
« pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient ces-
« sionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur
« d'autres immeubles du mari, à moins que l'acqué-

1. TISSIER, p. 649-650. — WABLE, *loc. cit.*, n° 109. — DALMBERT, appendice I, note 17. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 133, n° 1828, et p. 439, n° 1837. — Cass., 11 juin 1894. (Dall., 96, 1, 537.)

Il n'en est pas moins vrai que l'inscription réaliserait une publicité beaucoup plus efficace. (Comp. *supra*, n° 420.) Spécialement, les formalités de l'article 1690 sont complètement illusoires pour porter la renonciation à la connaissance des tiers cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, ces tiers ne pouvant évidemment aller se renseigner auprès de tous les acquéreurs des immeubles du mari ou de communauté.

« reur ne se soit conformé aux dispositions du § 1^{er}
« du présent article. »

449. Ce texte, il est facile de s'en rendre compte à la simple lecture, est assez mal rédigé et assez obscur. Aussi importe-t-il de préciser l'hypothèse dans laquelle s'est placé le législateur.

450. A s'en tenir aux termes mêmes de la loi, on pourrait croire qu'il s'agit ici, non pas d'une subrogation au droit de préférence seul, mais bien d'une subrogation à l'hypothèque légale elle-même. (Arg. des mots : « subrogation à l'hypothèque légale ».) Le simple consentement de la femme au paiement du prix serait donc suffisant pour entraîner cette subrogation.

Dès lors, la renonciation à l'hypothèque légale se produirait dans deux cas bien distincts :

1° Lorsque la femme aurait renoncé conformément aux trois premiers paragraphes de la loi ;

2° Lorsqu'elle aurait consenti au paiement du prix de l'aliénation ¹.

Dans le premier cas, la renonciation éteindrait seulement le droit de suite, mais laisserait à la femme le droit de préférence ; dans le second, elle ferait perdre à la femme à la fois le droit de suite et le droit de préférence.

1. Le consentement au paiement du prix entraînerait-il renonciation à l'hypothèque seulement dans le cas où il existerait des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, ou en serait-il de même dans le cas où il n'existerait pas de créanciers postérieurs ? La loi ne paraît viser que le premier cas, et, cependant, la distinction ne saurait se comprendre. Comp. n° 288, note.

D'autre part, dans le premier cas, la renonciation ne pourrait résulter que d'une stipulation expresse de la femme, ou d'un engagement dans lequel la femme se porterait « covenderesse, garante ou caution du mari » (§ 3, l. 1889); dans le second, elle pourrait résulter du simple concours, ou même du seul consentement de la femme à la quittance; une signature suffirait¹.

Nous avons déjà fait remarquer combien ces conséquences seraient illogiques².

451. Mais telle n'a jamais été l'intention du législateur. Il résulte en effet clairement des travaux préparatoires, et, si nous pouvons employer cette expression, de la structure même de la loi que ce paragraphe vise seulement la renonciation au droit de préférence.

Le rapport supplémentaire de M. Merlin, à la suite duquel il fut voté sans discussion, indique en effet clairement le but et la portée de cette disposition: « Il
« est encore d'autres difficultés, disait M. Merlin,
« en présence desquelles le maintien du droit de
« préférence de la femme sur le prix placera succes-
« sivement la femme, l'acquéreur et les créanciers
« inscrits. Supposons, en effet, *un immeuble du mari*

1. A tout le moins, il faudrait décider que cette quittance doit alors être authentique; si on admettait qu'elle entraîne renonciation à l'hypothèque elle-même et non pas seulement au droit de préférence, il faudrait en effet combiner le § 5 de la loi de 1899 avec le § 2 de la même loi.

2. Comp. n° 287.

« *vendu avec le concours de la femme* ; l'acte d'alié-
« nation porte quittance totale ou partielle du prix ;
« il existe sur l'immeuble des inscriptions conven-
« tionnelles ou judiciaires. *L'acquéreur n'a plus à*
« *compter avec l'hypothèque légale de la femme* ; mais
« il a devant lui les créanciers inscrits, qui feront
« valoir sur l'immeuble leur droit de suite, et qui
« tiendront d'autant plus à l'exercer que, l'hypothèque
« légale de la femme ayant disparu, ils arriveront les
« premiers en rang. De sorte qu'en réalité, dans cette
« hypothèse, ce sont les créanciers inscrits qui pro-
« fiteront de la renonciation de la femme, et ce au
« préjudice de l'acquéreur, qui sera obligé de payer
« deux fois. Le second amendement de M. Lacombe
« a pour but de faire disparaître l'injustice d'une
« semblable conséquence ¹ ».

Et, quant à la loi elle-même, si sa rédaction prête à bien des critiques, n'est-il pas cependant facile de voir l'enchaînement des idées qui a présidé à sa confection ? Dans les trois premiers paragraphes, il s'agit uniquement de la renonciation à l'hypothèque légale elle-même ou, en d'autres termes, de la renonciation au droit de suite. Ce n'est que plus loin que l'on s'occupe du droit de préférence, qui survit et dont le maintien demande une réglementation ; cette réglementation, c'est l'objet des deux derniers paragraphes de la loi. Le droit de préférence fait ainsi son apparition

1. Journal officiel 1888, Sénat, annexe n° 344.

dans la loi avec le § 4; il est logique que le § 5 continue dans le même ordre d'idées. On ne saurait, au contraire, comprendre que le législateur s'occupe de la renonciation à l'hypothèque légale dans les trois premiers paragraphes, passe à la renonciation au droit de préférence dans le quatrième, et revienne ensuite, dans le cinquième, sur la renonciation à l'hypothèque pour reprendre les questions qu'il a déjà réglées, et bouleverser les solutions qu'il leur a données.

452. Aussi s'accorde-t-on aujourd'hui à reconnaître que ce paragraphe a trait uniquement à la renonciation au droit de préférence, et que, par ces mots « subrogation à l'hypothèque légale », il faut entendre « subrogation dans le droit de préférence ». « La loi exige toujours, dit M. Guillaud, comme condition primordiale de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, qu'elle ait concouru à l'acte d'aliénation en prenant l'une des qualités rigoureusement imposées par le § 3 de la loi de 1889; puis, cette condition une fois remplie, il y aura subrogation, soit que l'acte d'aliénation contienne quittance du prix, soit que la quittance ait été donnée postérieurement en présence de la femme ¹. »

453. Le texte de la loi étant ainsi éclairé, plaçons-nous maintenant dans cette hypothèse prévue par le

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 140, n° 1838. — En ce sens : ESCOBIAZ, *loc. cit.*, p. 158 et suivantes; — TISSIER, p. 651; — WABLE, *loc. cit.*, nos 143-144; — DALMBERT, *loc. cit.*, appendice, I, n° 18.

législateur, et voyons quels sont les effets de cette subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence. Nous aborderons ensuite la question assez complexe, que nous avons dû réserver, de la publicité de cette subrogation.

454. Tant que les choses restent en état, c'est-à-dire tant qu'une procédure d'ordre n'est pas ouverte sur le prix de l'immeuble, l'acquéreur n'a pas à exercer le droit de préférence : il a acquis l'immeuble, il en a payé le prix, il n'a rien à faire valoir ¹.

455. Ce n'est que lorsqu'une procédure d'ordre vient à s'ouvrir à la suite soit ordinairement d'une saisie pratiquée par les créanciers hypothécaires, soit même d'une purge ² à laquelle lui-même aurait procédé, qu'il a à l'exercer. Il produit alors au lieu et place de la femme pour se faire rembourser, dans les limites des reprises de celle-ci ³ et par préférence aux créanciers hypothécaires postérieurs à elle, le prix qu'il a payé. Mais, à moins de convention con-

1. L'acquéreur pourrait toutefois, comme tout autre subrogé, céder lui-même son droit à un tiers.

2. Ce dernier cas est fort rare en pratique : la subrogation au profit de l'acquéreur résulte en effet ordinairement du paiement par lui fait avec le consentement de la femme ; or, pourquoi l'acquéreur purgerait-il, s'il a déjà payé ? Il peut cependant se réaliser, par exemple, dans l'hypothèse où les époux auraient consenti à la femme une remise de dette, et où la femme aurait subrogé l'acquéreur dans son droit de préférence. (Le consentement de la femme à la remise de dette emporterait même de plein droit subrogation.) Comp. *supra*, n° 402.

3. La femme n'a pu en effet céder plus de droits qu'elle n'en avait elle-même.

traire, son droit est limité au prix ou à la partie du prix ainsi payé par lui¹ ; c'est ce que la loi exprime par ces mots : « à due concurrence » ; il n'y avait d'ailleurs aucune raison pour attribuer à la subrogation une portée plus étendue².

456. De même que tout autre subrogé, et pour les mêmes raisons³, dans la procédure d'ordre, l'acquéreur n'a pas à recevoir la convocation à la tentative d'ordre amiable, ni la sommation de produire dans les quarante jours. Mais cette convocation et cette sommation doivent toujours être adressées à la femme, qui reste tenue de l'en informer.

457. La subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence étant ainsi comprise, il est facile de se rendre un compte exact de son utilité.

458. D'un côté, elle ne peut se réaliser que dans le cas où il existe sur l'immeuble des créanciers

1. Bien entendu, si la subrogation est résultée du consentement de la femme au paiement, le droit de l'acquéreur est limité au prix ou à la partie du prix payé avec le consentement de la femme.

2. Si la production de l'acquéreur n'épuise pas le droit de la femme, soit parce que le prix d'adjudication est supérieur au prix de l'aliénation, soit parce qu'une partie seulement du prix a été payée, la femme peut produire pour l'excédent au même rang que lui.

3. *Supra*, n^os 432-434. Il est vrai qu'ici la subrogation doit être inscrite, conformément au § 5 de la loi ; mais cette inscription, prise sur les autres immeubles du mari, et non sur l'immeuble aliéné, a uniquement pour but et pour effet de porter la subrogation à la connaissance des tiers cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. Le créancier poursuivant l'ordre n'en est donc pas davantage informé.

hypothécaires postérieurs à la femme et vis-à-vis de ces créanciers, car autrement à quel but tendrait-elle? C'est d'ailleurs, en droit positif, ce qui résulte des termes du § 5 de la loi de 1889.

459. D'un autre côté, même dans ce cas, elle est, à un double point de vue, insuffisante pour sauvegarder les droits de l'acquéreur qui se serait borné à payer son prix au mari avec le consentement de la femme ¹.

D'abord, l'acquéreur reste toujours exposé à se voir évincé par les créanciers hypothécaires. Le préjudice matériel et moral qu'il en éprouve peut être de beaucoup supérieur au prix qu'il a payé, et cependant la subrogation ne garantit pas les dommages-intérêts qu'il pourrait de ce chef réclamer au mari.

Et puis et surtout, le droit de préférence ne peut exister que dans les limites des reprises de la femme. Or, au moment du paiement fait au cours du mariage, on ne sait pas encore quel sera le montant de ces reprises ; on ignore même si elles existeront. Il pourra donc arriver soit que la femme n'ait pas de reprises, soit que les récompenses par elle dues dépassent le montant de ses reprises ; dans l'un comme dans l'autre cas, l'acquéreur aura reçu un droit n'existant

1. C'est pourquoi, ainsi que nous l'avons dit, nonobstant cette subrogation, dans tous les cas où il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires, même si ces créanciers sont postérieurs à la femme, l'acquéreur ne doit pas se borner à payer son prix au mari avec le consentement de la femme, mais doit recourir à la purge.

pas. De même, ces reprises, tout en existant, pourront être inférieures au prix de l'aliénation ; l'acquéreur ne rentrera alors que dans une partie de ses déboursés.

460. Nous avons jusqu'ici examiné les effets de la subrogation au point de vue de l'acquéreur ; si, maintenant, nous les envisageons au point de vue de la femme, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit de la subrogation consentie, dans l'intérêt du mari ou de la communauté, à un créancier autre que l'acquéreur, l'acquéreur étant, en réalité, créancier en garantie du mari¹. La créance en reprises de la femme n'est donc pas diminuée, mais elle est réduite hypothécairement, en ce sens que, jusqu'à concurrence de la somme qui sera payée à l'acquéreur dans la distribution du prix de l'immeuble, elle est garantie par une hypothèque datant seulement du jour de la subrogation².

461. On s'est demandé si cette subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence n'était pas une application pure et simple des principes établis dans l'art. 1251-2° du Code civil. Cet article dispose que la subrogation a lieu de plein droit « au profit
« de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix
« de son acquisition au paiement des créanciers aux-
« quels cet héritage était hypothéqué ». Eh bien, dit

1. *Supra*, nos 435-437.

2. WABLE, *loc. cit.*, p. 183-185, n° 158. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 145-146, n° 1844.

M. Escobiac¹, lorsque l'acquéreur paie entre les mains du mari et de la femme, n'est-ce pas en réalité à la femme, créancière hypothécaire sur l'immeuble, que le paiement est fait? — Les explications que nous avons données jusqu'ici nous permettent de répondre facilement à ce raisonnement: si la femme intervient au paiement, ce n'est pas pour recevoir les deniers, mais uniquement pour renoncer à son droit de préférence; le paiement est donc fait au mari et au mari seul, et, dès lors, la situation est complètement différente de celle qui est régie par l'art. 1251². D'ailleurs, en le supposant applicable, cet article conduirait à décider que la subrogation porte, non seulement sur le droit de préférence, mais aussi sur l'hypothèque légale grevant les autres immeubles du mari; or, cette dernière solution n'est admise par personne.

462. Les effets de la subrogation au profit de l'acquéreur étant ainsi déterminés, nous pouvons maintenant rechercher à quelles formalités de publicité elle est soumise.

463. Et d'abord, quels sont les tiers qui ont intérêt à la connaître?

A l'exception de l'acquéreur, puisque c'est lui-même qui en bénéficie, ces tiers sont les mêmes que ceux qui auraient intérêt à connaître toute autre subrogation dans le droit de préférence. Nous pouvons

1. ESCOBIAc, p. 154 et 162.

2. TISSIER, n° 23. — WABLE. *loc. cit.*, p. 165, n° 145.

donc nous borner à rappeler ce que nous avons déjà dit à ce sujet ¹.

464. Les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme n'y ont aucun intérêt. Aussi l'acquéreur pourra-t-il leur opposer son droit, sans avoir aucune publicité à remplir. Le texte de la loi de 1889 est d'ailleurs précis à ce sujet : après avoir parlé de la subrogation contre les créanciers hypothécaires postérieurs, sans indiquer aucune condition de publicité, il traite ensuite de la subrogation contre les cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, et, dans ce dernier cas seulement, exige que l'acquéreur se conforme aux dispositions du paragraphe 1^{er} du présent article, c'est-à-dire prenne inscription. Les travaux préparatoires ne sont pas moins formels. « La subrogation, dans ce cas, dit Merlin dans son rapport supplémentaire au Sénat², peut s'accomplir de plein droit et sans aucune condition de publicité, le contrat intervenu entre la femme et l'acquéreur ne modifiant pas la situation des créanciers inscrits ³. »

465. Au contraire, il existe deux classes de tiers qui ont intérêt à la connaître ; ce sont :

1. *Supra*, nos 440-442.

2. Rapport supplémentaire Merlin, Sénat, 1888, annexe au procès-verbal de la séance du 25 mai, n° 344, p. 5.

3. ESCOBIAZ, *loc. cit.*, p. 168. — WABLE, *loc. cit.*, p. 170, n° 152. — DALMBERT, *De la purge des privilèges et hypothèques*, appendice, I, n° 20. — GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 133, n° 1842.

1° Les tiers que la femme subrogerait ultérieurement dans ce droit de préférence, et qui ne peuvent recevoir qu'un droit n'existant plus, si elle l'a déjà cédé à l'acquéreur.

2° Les tiers que la femme subrogerait ultérieurement dans son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, et auxquels elle ne peut plus céder que son hypothèque telle qu'elle a été restreinte quant à son rang, par la subrogation consentie à l'acquéreur.

466. Comment donc rendre la subrogation opposable à ces divers intéressés ?

467. Lorsqu'il s'agissait de la subrogation consentie à un tiers autre que l'acquéreur, la publicité consistait, nous l'avons vu, dans les formalités de l'art. 1690 du Code civil. Ici, bien que le droit de préférence cédé à l'acquéreur soit toujours un droit de créance, ces formalités sont inapplicables. En effet, l'acquéreur se trouve à la fois créancier et débiteur ; on ne pourrait donc comprendre qu'il se signifiât à lui-même la cession. D'autre part, l'art. 1690 suppose que la créance est cédée à un tiers autre que le débiteur ; car autrement il y aurait, en règle générale, non pas cession, mais extinction de créance ; cet article est donc ici inapplicable.

468. Quelle est donc la publicité imposée à l'acquéreur ?

Il faut faire à ce sujet une distinction qui n'a sans doute pas été prévue par le législateur de 1889, mais qui ne s'en impose pas moins.

469. Pour devenir opposable aux créanciers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, la subrogation doit être inscrite.

Au contraire, elle n'est assujétie à aucune publicité à l'égard des créanciers subrogés dans le droit de préférence sur l'immeuble aliéné.

470. La première de ces deux hypothèses est prévue par la dernière partie du paragraphe 5 de la loi de 1889, ainsi conçu : « Mais cette subrogation
« ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient
« cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres
« immeubles du mari, à moins que l'acquéreur ne
« se soit conformé aux prescriptions du § 1^{er} du
« présent article. »

Le § 1^{er} auquel renvoie ce texte, c'est l'art. 9 de la loi de 1855, à la suite duquel la loi de 1889, a été ajoutée ; la formalité qu'il impose, c'est l'inscription.

471. Ce texte a fait l'objet de nombreuses controverses. Les explications que nous avons données jusqu'ici sur les effets de la subrogation nous permettent d'en saisir assez facilement la portée.

472. Toutefois, l'intérêt que ces tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari ont à connaître la subrogation, a été méconnu par de nombreux auteurs. C'est pourquoi nous croyons utile de le rappeler à nouveau et de le préciser par un exemple.

La subrogation consentie à l'acquéreur dans le droit de préférence de la femme sur le prix de l'im-

meuble aliéné, n'a pas diminué le montant des reprises de celle-ci ; mais elle a reculé la date de l'hypothèque qui les garantissait ; jusqu'à concurrence de la somme que touchera l'acquéreur en vertu de la subrogation, cette hypothèque date, non plus du jour que lui assignait primitivement le mariage, mais seulement du jour de la subrogation. Les tiers cessionnaires de cette hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, ont donc intérêt à savoir qu'ils ne pourront plus recevoir que l'hypothèque ainsi restreinte.

C'est par exemple un mari qui, au cours du mariage, vend un de ses immeubles au prix de 10,000 francs ; la femme renonce à son hypothèque légale au profit de l'acquéreur, et le subroge dans son droit de préférence. Les reprises de la femme sont ensuite liquidées, et la femme est reconnue créancière de 40,000 fr. La femme ne peut plus exercer son hypothèque légale, à la date que lui assignait le mariage, que jusqu'à concurrence de 30,000 fr., puisqu'elle l'a cédée pour 10,000 fr. à l'acquéreur¹ ; quant à ces 10,000 fr., elle pourra encore exercer pour eux son hypothèque légale, mais une hypothèque datant seulement du jour de la subrogation consentie à l'acquéreur².

1. Pour que cette solution soit exacte, il faut en outre supposer que l'acquéreur a eu ou aura à exercer le droit de préférence pour ces 10,000 fr., ce qui d'ailleurs, en pratique, arrive presque toujours ; ce n'est en effet que l'exercice du droit de préférence par l'acquéreur, et non pas par le fait même de la subrogation, qui diminue le droit de la femme. Comp. n° 475, notes.

2. Comp. *supra*, n° 460.

472 bis. C'est de cette situation nouvelle créée par la subrogation qu'il faut que les tiers cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari soient avertis : il faut qu'ils sachent qu'ils ne pourront plus exercer l'hypothèque légale avec le rang qui lui appartenait primitivement que jusqu'à concurrence de 30,000 fr. Comment en seront-ils avertis ? Par l'inscription à laquelle la loi de 1889 astreint la subrogation.

473. Voilà, à notre avis, ce que signifie cette disposition de la loi de 1889 ¹. Le texte et les travaux préparatoires nous paraissent imposer cette interprétation.

Qu'on relise en effet ce texte : n'exprime-t-il pas, et cela d'une façon très claire, que c'est pour rendre la subrogation opposable aux tiers cessionnaires de l'hypothèque légale « sur les autres immeubles du mari » que l'inscription est exigée ? A bien des égards, la rédaction de ce § 5 de la loi est défectueuse, et nous lui avons adressé les critiques qui nous semblaient justifiées ; ici, elle nous paraît fort nette.

Et M. Merlin, dans son rapport supplémentaire au Sénat, explique le sens de ce texte, et en indique les raisons. « Il est un cas cependant, dit-il, où la condition de publicité exigée par le 1^{er} § de l'article 9 « devra être imposée à l'acquéreur : c'est celui où

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 183, n° 158. — GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 145, n° 1844.

« l'hypothèque légale de la femme grève d'autres
« immeubles du mari que l'immeuble vendu avec le
« concours de la femme. La femme alors reste libre
« de traiter avec les tiers de cette hypothèque, à la-
« quelle elle n'a pas renoncé ; elle peut la céder ou
« y subroger ; mais on comprend que la créance
« que l'hypothèque générale était destinée à garantir
« se trouve réduite de la somme représentant le
« prix ou la portion du prix de l'immeuble vendu
« au paiement duquel elle a consenti, et que dès
« lors elle ne peut, sans tromper le tiers avec lequel
« elle traitera, lui céder qu'une garantie correspon-
« dant à ce qui reste effectivement dû sur sa créance.
« Mais comment le tiers sera-t-il averti de la situa-
« tion, si ce n'est par l'accomplissement des forma-
« lités de publicité prescrites par le § 1^{er} de l'ar-
« ticle 9¹. » Il y a quelque chose d'inexact dans ces
paroles de M. Merlin : la créance, en reprises que
l'hypothèque légale garantit n'est pas diminuée par la
subrogation consentie à l'acquéreur. Mais ce qui est
vrai, c'est que l'hypothèque elle-même est restreinte,
puisque, jusqu'à concurrence de la somme à laquelle
s'élève la subrogation, elle ne date plus que du jour
de cette subrogation ; on peut donc dire que, si la

1. MERLIN, rapport supplémentaire, Sénat, 1888, annexe au procès-verbal de la séance du 25 mai 1888, n° 344, p. 5. — M. Merlin, on le voit, se place toujours dans l'hypothèse d'une renonciation résultant du consentement de la femme au paiement du prix. *Comp. supra*, n° 400.

créance de la femme n'est pas réduite en elle-même, elle est au moins réduite au point de vue hypothécaire, et c'est ce qui explique l'inexactitude des paroles du rapporteur, qui ne s'occupait des créances de la femme qu'à ce point de vue hypothécaire. Mais, sous le bénéfice de cette observation, on comprend facilement la portée des explications de M. Merlin.

474. MM. Dalloz font toutefois à ce système une objection qui paraît sérieuse.

Ainsi comprise, disent-ils, la publicité prévue par le § 5 ne pourrait recevoir aucune sanction, au moins dans la majeure partie des cas : « Le prix de
« l'immeuble vendu et celui des autres immeubles
« du mari pourront, en effet, être distribués dans
« des ordres différents ; or, les tiers qui ne seraient
« cessionnaires de l'hypothèque légale qu'en tant
« qu'elle porterait sur les autres immeubles seraient
« sans qualité pour s'opposer à la collocation de
« l'acquéreur dans l'ordre ouvert sur l'immeuble à
« raison du défaut de publicité de sa subrogation »¹.

475. Si cette critique était exacte, c'est au législateur lui-même qu'il faudrait l'adresser ; mais elle ne saurait autoriser à modifier le texte de la loi, comme on le fait trop souvent.

Mais, en réalité, c'est cette objection même qui n'est pas fondée. Pour recevoir une sanction, la règle posée ici par la loi de 1889 ne suppose nullement, ainsi

1. DALLOZ, *Supp. au rép., Privilèges et hypothèques*, n° 679.

que paraissent le croire MM. Dalloz, qu'un même ordre soit ouvert sur l'immeuble vendu et sur les autres immeubles du mari ; il est facile de le montrer en examinant de près la situation faite à l'acquéreur par l'inscription.

Supposons d'abord un acquéreur qui a fait inscrire la subrogation à lui consentie, avant tout autre créancier subrogé dans l'hypothèque sur les autres immeubles. Un ordre est ouvert sur l'immeuble vendu ; l'acquéreur se fera colloquer, jusqu'à concurrence des reprises de la femme, pour le montant intégral de la subrogation. Au contraire, si un ordre vient à être ouvert sur les autres immeubles du mari, et si le créancier subrogé dans l'hypothèque de la femme veut y produire, les autres créanciers hypothécaires ou privilégiés sur l'immeuble pourront lui dire : vous ne pouvez vous prévaloir de l'hypothèque de la femme que dans la mesure où elle a été réduite par la subrogation consentie à l'acquéreur ¹.

Supposons, au contraire, un acquéreur qui n'a pas fait inscrire sa subrogation, ou qui ne l'a fait inscrire qu'après un autre subrogé, cessionnaire de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. Un

1. Il peut être difficile de déterminer jusqu'à concurrence de quelle somme le rang de l'hypothèque a été reculé si l'acquéreur n'a pas encore eu à exercer son droit de préférence. On doit alors évaluer cette somme approximativement, et, en règle générale, la fixer au prix même payé par l'acquéreur avec le consentement de la femme ; car il est à présumer que l'acquéreur aura à user de la totalité du droit qui lui a été concédé.

ordre est ouvert sur l'un de ces autres immeubles ; le cessionnaire de l'hypothèque légale sur cet immeuble pourray produire, toujours jusqu'à concurrence du montant des reprises de la femme, mais en faisant valoir dans son intégralité l'hypothèque légale encore intacte ; par là, il profitera de la négligence de l'acquéreur. Mais, si un ordre est ouvert sur l'immeuble aliéné ¹, les créanciers inscrits sur cet immeuble seront, à leur tour, fondés à dire à l'acquéreur qui voudrait se prévaloir de la subrogation dont il est bénéficiaire : la subrogation déjà consentie dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles a diminué le droit qui a pu vous être cédé, l'a peut-être même totalement anéanti ; vous ne pouvez produire que dans la mesure de ce droit ainsi réduit, si toutefois il existe encore. Là est la sanction de la règle qui nous occupe ².

476. Il est donc parfaitement possible de comprendre le sens de cette disposition en l'interprétant à la lettre.

1. Peu importe que l'ordre ouvert sur l'immeuble aliéné le soit postérieurement ou antérieurement à l'ordre ouvert sur les autres immeubles. Mais, s'il l'est antérieurement, il faudra, pour apprécier le montant de la collocation de l'acquéreur et déterminer la date de l'hypothèque qu'il peut exercer, évaluer : 1^o le montant des reprises de la femme ; 2^o la valeur pour laquelle les tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari auront à exercer le droit hypothécaire qui leur a été cédé, et faire la différence entre ces deux sommes. Or, comme ces sommes peuvent être toutes les deux indéterminées, on comprend la difficulté pratique qui en résulte : l'évaluation doit nécessairement être approximative.

2. Comp. cass., 11 juillet 1894 (Dall., 96, 1, 113), et la note de M. de Loynes.

477. On en a cependant proposé diverses autres explications, qui toutes font bon marché du texte de la loi.

478. Plusieurs auteurs sont en effet partis de ce principe que le conflit entre l'acquéreur subrogé dans le droit de préférence et les cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari est impossible, et que, par suite, ces créanciers ne peuvent avoir aucun intérêt à connaître la subrogation consentie à l'acquéreur.

Dans ces conditions, comment expliquer la disposition finale de la loi de 1889 ?

479. D'après un premier système¹, assez radical, elle ne peut se comprendre ; elle est le résultat d'une inadvertance du législateur, et, comme telle, doit être considérée comme lettre morte ; l'acquéreur n'a donc jamais à prendre inscription.

La confusion commise par le législateur apparaît en effet clairement, dit-on, lorsque l'on compare le texte définitif de la loi avec l'amendement d'abord proposé par M. Lacombe.

Amendement de M. Lacombe :

« Le concours de la femme et son consentement
« au paiement total et partiel du prix emporte, au
« profit de l'acquéreur, et à due concurrence vis-

1. TISSIER, *op. cit.*, p. 652 et suivantes. — DALMBERT, *loc. cit.*, appendice, I, n° 20. — « Il ne saurait, dit M. Dalmbert, exister de litige qu'entre créanciers ayant des droits hypothécaires ou privilégiés sur le même immeuble. »

« à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs, subrogation à l'hypothèque légale, *mais seulement sur l'immeuble vendu, et à charge par lui de se conformer aux prescriptions du § 1^{er} du présent article.* »

Texte définitif de la loi de 1889 :

« Cette subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui deviendraient cessionnaires *de l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari*, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions du § 1^{er} du présent article »..

Et comment M. Merlin, dans son rapport supplémentaire, justifie-t-il cette différence ? En admettant que la créance en reprises de la femme a été diminuée par la subrogation consentie à l'acquéreur ; or, c'est là, tout le monde le reconnaît, une erreur certaine ; partant ainsi d'un principe inexact, le législateur devait se trouver fatalement conduit à en tirer des conséquences irréalisables.

480. Si l'on admettait le point de départ qui sert de base à cette opinion, il faudrait aussi, croyons-nous, en admettre cette conséquence, quelque anormale qu'elle soit : nous ne voyons pas, en effet, quelle interprétation pourrait alors recevoir le texte de la loi.

481. Il est cependant impossible, à moins de nécessité absolue, de tenir ainsi pour non avenus et un texte formel et un rapport qui indique les raisons de ce texte. C'est pourquoi certains auteurs, bien que s'en tenant toujours au même point de départ, ont cherché à l'expliquer.

482. Pour MM. Escobiac et Delalande¹, cette disposition a pour but de prévenir le conflit qui peut s'élever entre l'acquéreur subrogé dans le droit de préférence et les cessionnaires subrogés dans l'intégralité de l'hypothèque légale : tous les deux ont en effet acquis le droit de préférence, et, dès lors, un conflit est possible entre eux relativement à ce droit².

Dans l'amendement de M. Lacombe, qui a été l'origine du paragraphe 5, il s'agissait bien de l'hypothèque légale grevant l'immeuble aliéné ou, plus exactement, du droit de préférence sur le prix de cet immeuble³. Plus tard, la rédaction de l'amendement fut modifiée ; on voulut la rendre plus explicite, indiquer que la publicité n'était exigée qu'à l'égard des tiers et non pas à l'égard des parties elles-mêmes, mais aussi qu'elle l'était à l'égard de tous les tiers, même de ceux qui seraient subrogés en même temps à l'hypothèque légale sur les autres immeubles.

483. Nous ne voyons pas très bien quelle utilité il y aurait eu à spécifier avec tant de soin que la publicité était exigée « même dans ce cas ». Mais cette interprétation a le tort plus grave de prendre exactement le contre-pied des raisons qui ont déterminé le

1. ESCOBIAC, p. 164. — DELALANDE, *France judiciaire*, 1899, p. 83.

2. Ceci revient à dire qu'entre deux créanciers subrogés successivement dans le droit de préférence, celui qui peut opposer son droit à l'autre est celui qui a pris inscription le premier.

3. Voir le texte de cet amendement, n° 479.

législateur à modifier l'amendement de M. Lacombe : il résulte en effet clairement du rapport Merlin que cette modification fut introduite, non pas pour le rendre plus explicite, mais au contraire pour en restreindre la portée, la publicité ne paraissant nécessaire qu'à l'égard d'une catégorie de tiers, les cessionnaires de l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari.

Aussi est-il facile de répondre, avec M. Guillouard, que cette opinion doit être repoussée, « d'abord parce
« que le texte de la loi de 1889 ne prévoit nullement
« une cession générale de l'hypothèque légale de la
« femme au profit de cessionnaires ultérieurs, mais
« seulement sur d'autres immeubles du mari ; puis
« parce que, dans le rapport, M. Merlin indique
« d'une façon précise que, dans la pensée du rap-
« porteur, il ne s'agit pas de conflit entre l'acquéreur
« et les cessionnaires de l'hypothèque de la femme
« sur l'immeuble aliéné, mais de droits de ces ces-
« sionnaires sur les autres immeubles du mari » ¹.

484. Enfin, une dernière interprétation a été proposée par M. Bressolles ². Elle serait purement fantaisiste, si elle ne s'appuyait sur un passage du rapport de M. Bernier à la Chambre des députés.

Pour M. Bressolles, il s'agirait, dans le dernier paragraphe de la loi de 1889, non pas d'un acquéreur

1. GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. IV, p. 148, n° 1847.

2. BRESSOLLES, Loi du 13 février 889, p. 32 et suivantes.

subrogé seulement dans le droit de préférence de la femme sur le prix de l'immeuble aliéné, mais d'un acquéreur qui, n'ayant pas trouvé une sécurité suffisante dans cette subrogation ainsi limitée, aurait obtenu une subrogation sur d'autres immeubles du mari. Un conflit pourrait alors s'élever, relativement à l'hypothèque légale grevant ces autres immeubles entre cet acquéreur et les créanciers subrogés dans cette hypothèque; c'est ce conflit que la loi aurait ici pour but de trancher.

485. Cette opinion s'appuie sur le passage suivant du second rapport de M. Bernier à la Chambre des députés¹ : « Cet alinéa (le § 5 de la loi de 1889) « explique que la subrogation qui s'opère de plein « droit sur l'immeuble vendu ne peut préjudicier aux « tiers qui deviendraient cessionnaires de l'hypo- « thèque légale sur d'autres immeubles du mari, à « moins que l'acquéreur ne se soit conformé aux « prescriptions de l'article 9 de la loi de 1855. « Votre commission..... reconnaît que le Sénat, en « déclarant l'acquéreur subrogé de plein droit à « l'hypothèque légale de la femme sur l'immeuble « vendu, et *en admettant pour lui la nécessité de se « faire subroger à cette hypothèque sur les autres « immeubles du mari à la charge d'inscrire cette « subrogation*, ne porte aucune atteinte aux principes

1. Rapport Bernier, Chambre des députés, annexe au procès-verbal de la séance du 27 novembre 1888, n° 3251, p. 6.

« du projet de loi ni à ceux du droit commun, tout en
« édictant des mesures sages et utiles à l'acquéreur. »

485. Que l'acquéreur qui aurait ainsi obtenu cette subrogation supplémentaire sur les autres immeubles du mari ait à la faire inscrire pour l'opposer aux subrogés ultérieurs, cela n'est pas douteux. Mais cette règle résulte de l'art. 9 de la loi de 1855 et des principes du droit commun auxquels faisait allusion M. Bernier ; car l'acquéreur est ici dans la même situation que tout autre subrogé dans l'hypothèque légale. Quant à la loi de 1889, elle est complètement étrangère à cette hypothèse ; il suffit de lire son texte pour s'en convaincre : le § 5 de cette loi déclare, en effet, que le concours ou le consentement donné par la femme à la quittance du prix « emporte
« même, à due concurrence, *subrogation à l'hypothèque*
« *légale sur l'immeuble vendu* » ; puis il ajoute aussitôt que « *cette subrogation* ne pourra préjudicier aux tiers
« qui deviendraient cessionnaires de l'hypothèque
« légale de la femme sur d'autres immeubles du
« mari, à moins que l'acquéreur ne se soit conformé
« aux prescriptions du § 1^{er} du présent article » ; c'est donc bien de la subrogation consentie à l'acquéreur sur l'immeuble vendu qu'il s'agit ici. Le rapport de M. Merlin n'est pas moins net.

Reste donc le rapport de M. Bernier. Mais, contraire au texte formel de la loi, ainsi qu'aux explications fournies par M. Merlin, ce rapport, qui n'est d'ailleurs qu'un exposé très succinct du projet voté au Sénat, qui

ne fut à la Chambre l'objet d'aucune discussion, ne peut avoir une autorité suffisante pour faire admettre l'interprétation à laquelle M. Bernier fait allusion. Ainsi que le dit fort bien M. Guillaud, la seule chose qui en résulte, « c'est que l'honorable rapporteur ne s'est pas suffisamment pénétré de la portée de la modification apportée par le Sénat au projet primitif¹.

486. Cette explication se heurte donc, elle aussi, comme toutes les autres, au texte même de la loi et au rapport de M. Merlin. C'est pourquoi à elles toutes nous pouvons faire la même réponse : c'est le point de départ même de la discussion qui est inexact ; sans doute, à proprement parler, il n'y a pas de véritable conflit possible entre l'acquéreur subrogé dans le droit de préférence sur le prix de l'immeuble aliéné et les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari ; mais ces créanciers n'en ont pas moins un intérêt de premier ordre à connaître la subrogation de l'acquéreur, parce que cette subrogation a, jusqu'à due concurrence, reculé la date de l'hypothèque légale. C'est là ce qui explique la publicité organisée par la loi de 1889 ; pour la bien comprendre, il n'y a qu'à s'en tenir aux termes mêmes de cette loi.

487. Mais alors, si l'inscription a ainsi pour objet de porter la subrogation à la connaissance des

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 150, n° 1848.

tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, sur quels immeubles doit-elle être prise ?

Au premier abord, on pourrait croire qu'elle doit l'être sur l'immeuble aliéné, puisque le droit de l'acquéreur porte sur le prix de cet immeuble.

Il nous paraît cependant certain qu'elle doit être générale et porter sur tous les autres immeubles du mari ¹. Le texte de la loi de 1889 renvoie en effet à l'art. 9 de la loi de 1855; or, dans cet article, c'est bien d'une inscription générale qu'il s'agit. Et puis, s'il en était autrement, comment les tiers cessionnaires de l'hypothèque légale sur ces autres immeubles pourraient-ils la connaître ?

Bien plus, nous croyons qu'elle n'a pas à être prise sur l'immeuble aliéné lui-même; car de quelle utilité une telle inscription serait-elle pour les créanciers subrogés dans l'hypothèque sur les autres immeubles, qui seuls peuvent se prévaloir de son défaut ?

488. Que faut-il maintenant penser de cette publicité ainsi comprise ?

489. M. Wable la critique. Le législateur, dit-il, s'est beaucoup exagéré le préjudice qui pouvait résulter, pour le créancier subrogé dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, de la subro-

1. M. WABLE admet implicitement la même solution, *loc. cit.*, p. 187, nos 159-160.

gation consentie à l'acquéreur. En premier lieu, la femme n'a perdu ni son hypothèque ni sa créance en reprises ; le rang seul de l'hypothèque a été reculé, et les cessionnaires pourront toujours en profiter avec la date de la subrogation. Et puis, il peut arriver que l'acquéreur ne soit pas évincé, et n'ait pas à réaliser la subrogation consentie à son profit ; la subrogation s'évanouit alors, et le droit de préférence qui lui avait été cédé retourne à la femme, de sorte que, dans ce cas, le droit des cessionnaires ne subit aucune atteinte. Il était donc à peu près inutile d'exiger cette publicité.

Et, par contre, quelles sérieuses difficultés pratiques elle entraîne ! L'acquéreur doit prendre inscription sur tous les autres immeubles du mari ; c'est pour lui une formalité fort onéreuse, si ces immeubles sont situés dans des arrondissements différents, et puis, il n'a aucun moyen de connaître ces immeubles et de se tenir au courant de toutes les acquisitions que le mari peut faire ¹.

490. Il est certain que cette inscription présente en pratique quelques difficultés, mais il ne faut pas se les exagérer : l'acquéreur n'a pas à connaître individuellement tous les immeubles du mari et à prendre inscription sur chacun d'eux ; il lui suffit de savoir que le mari a des immeubles dans tels et tels arrondissements, et de prendre une inscription géné-

1. WABLE, *loc. cit.*, p. 186-188, nos 159-160.

rale dans chacun de ces arrondissements ; sa situation est absolument la même que celle de tout créancier subrogé dans l'hypothèque légale. (Art. 9, l. 1855.)

Et, d'autre part, le danger couru par les tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari est sérieux. Il est peut-être supprimé, il est vrai, dans les cas où l'acquéreur n'a pas à user de la subrogation ; mais c'est là l'exception¹ ; normalement, l'acquéreur aura à user et usera de son droit : le législateur pouvait-il donc perdre de vue la situation générale pour se placer devant une hypothèse exceptionnelle ? Et cette perte du rang hypothécaire peut avoir des conséquences très graves pour le cessionnaire, et même lui faire perdre totalement le bénéfice de son hypothèque : c'est ce qui arrivera dans tous les cas où, à cette nouvelle date, l'hypothèque se trouvera primée par des hypothèques antérieures dont le montant absorbera peut-être la totalité du prix des immeubles.

491. Ce danger suffit amplement pour justifier la publicité établie par la loi ; c'est pourquoi nous croyons qu'elle doit être approuvée^{2 et 3}.

1. Pour qu'il en soit ainsi, il faudrait supposer, par exemple, que tous les créanciers hypothécaires, ou au moins les créanciers postérieurs à la femme, ont été remboursés.

2. En ce sens : GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 151, n° 1850.

3. Remarquons toutefois que le droit de ces tiers subrogés dans l'hypothèque légale est toujours exposé à un certain risque : il reste en effet sujet aux mêmes fluctuations que la créance en reprises de la femme. Mais, sous réserve de cette variation, conséquence néces-

492. La seconde classe des tiers qui ont intérêt à connaître la subrogation de l'acquéreur comprend les créanciers subrogés dans le droit de préférence lui-même.

Il semble que ce soient eux les premiers que l'on aurait dû songer à prévenir, le droit qu'ils reçoivent étant précisément le droit même qui a été cédé à l'acquéreur.

493. Cependant le législateur de 1889 les laisse complètement de côté¹. Il en résulte nécessairement qu'à leur égard aucune publicité n'existe. D'une part, en effet, on ne peut songer à appliquer les formalités de l'article 1690, les qualités de débiteur et de créancier se trouvant confondues sur la même tête²; et, d'autre part, il est impossible d'exiger l'inscription en se basant sur l'article 9 de la loi de 1855, cette article prévoyant la subrogation dans l'hypothèque légale elle-même, et non pas la subrogation dans le droit de préférence seul³. Aussi l'acquéreur peut-il se

saire du caractère accessoire de l'hypothèque, la publicité établie par la loi lui permet d'échapper à toute atteinte résultant du fait de la femme ou du fait d'un tiers. — Comp. DE LOYNES, note sous cass., 11 juillet 1894 (Dall., 96, 1, 113). — Cependant, la subrogation consentie à un tiers autre que l'acquéreur expose les tiers subrogés dans l'hypothèque légale à un danger identique plus grave encore, cette subrogation pouvant diminuer le montant même des reprises; or, elle n'a pas à être inscrite; il y a à ce point de vue, dans la législation, un grave défaut d'harmonie.

1. Nous avons vu que, d'après certains auteurs, ce serait dans l'intérêt de ces subrogés que l'inscription serait exigée; mais nous croyons avoir suffisamment réfuté cette opinion. (*Supra*, nos 482-483.)

2. Comp. *supra*, n° 467.

3. Comp. *supra*, n° 445.

prévaloir de l'abandon à lui fait, vis-à-vis des cessionnaires ultérieurs de ce droit de préférence, sans avoir à remplir aucune formalité de publicité, dès que l'acte qui le constate a acquis date certaine ¹ et ².

494. Cette absence de publicité est due, croyons-nous, à un oubli du législateur. L'amendement de M. Lacombe, qui fut l'origine du paragraphe 5, exigeait, en effet, l'inscription à l'égard de tous les intéressés; lorsqu'il fut renvoyé à la commission, le rapporteur, M. Merlin, fit remarquer qu'il était conçu en termes beaucoup trop larges; il y avait, en effet des tiers qui n'étaient nullement intéressés à connaître la subrogation; c'étaient les créanciers ayant sur l'immeuble une hypothèque postérieure à la femme; d'autres au contraire y avaient intérêt, c'étaient les créanciers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. Mais M. Merlin oubliait les créanciers subrogés dans le droit de préférence lui-même, sur la situation desquels le rapport était complètement muet ³. C'est cet oubli qui n'a pas été remarqué par le législateur.

495. Elle peut cependant se comprendre dans une certaine mesure. La renonciation extinctive

1. TISSIER, p. 657, n° 25. — WABLE, *loc. cit.*, p. 591, n° 463. — GUILLOUARD. *op. cit.*, p. 152, n° 4851.

2. Mais, à l'inverse, les créanciers subrogés dans le droit de préférence qui voudraient opposer leur droit à l'acquéreur devraient avoir rempli les formalités de publicité de l'article 1690. C. c. (*Supra*, n° 446.)

3. La raison de cette omission est toujours que le législateur de 1889 a cherché à prévoir et à résoudre des questions d'espèces, au lieu de poser des règles générales.

au droit de préférence échappe à toute publicité ; la subrogation consentie à un tiers autre que l'acquéreur n'est assujétie qu'à la publicité de l'article 1690 C. c., qui a pour seul effet de permettre aux tiers de se renseigner auprès de l'acquéreur ; du moment que l'on admettait ces solutions, il pouvait paraître logique d'écarter toute publicité pour la subrogation de l'acquéreur lui-même, les créanciers subrogés dans le droit de préférence conservant toujours la ressource de se renseigner auprès de lui, et il était peu utile d'exiger l'inscription de cette subrogation, ces créanciers restant toujours exposés, même en l'absence de toute inscription, à trouver le droit de préférence de la femme déjà éteint ou cédé par elle. Il n'en est pas moins vrai, nous l'avons déjà fait remarquer, qu'il y a, dans tous ces cas, un défaut de publicité fort dangereux pour les tiers, qu'il aurait été facile d'éviter¹.

1. Comp. *supra*, nos 420-422 et 445-446.

M. Wable objecte toutefois que ces créanciers subrogés dans le droit de préférence pourront éviter tout danger en consultant le registre des transcriptions. Si la femme a concouru au paiement du prix, « ils savent que son hypothèque primitive est éteinte jusqu'à concurrence de la somme payée.... Dans le cas contraire, ils sont prévenus qu'ils ne doivent traiter qu'entourés de renseignements dont la sincérité leur soit démontrée ». (WABLE, *loc. cit.*, p. 192, n° 164.)

A cette objection, nous ferons toujours les mêmes réponses. (*Supra*, n° 338.) D'abord, les recherches sur le registre des transcriptions sont toujours très difficiles. Et puis les actes emportant renonciation au droit de préférence ou cession de ce droit n'ont pas à figurer sur ce registre ; aussi la transcription ou la mention marginale de la renonciation à l'hypothèque légale elle-même, tout en avertissant les tiers qu'ils ont à se montrer prudents, ne les renseignent-elles pas d'une manière certaine ? D'ailleurs, observe avec raison M. Guillouard, si les raisons données par M. Wable étaient bonnes, « elles devraient

496. Nous avons supposé jusqu'ici le droit de l'acquéreur opposé tantôt au tiers subrogé dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, tantôt au tiers subrogé dans le droit de préférence sur le prix de l'immeuble. Mais qu'arriverait-il s'il avait à être opposé à un cessionnaire subrogé à la fois dans cette hypothèque légale et dans ce droit de préférence ?

Les principes que nous avons exposés nous permettent de répondre assez facilement à cette question. Il faudrait envisager deux hypothèses. Le cessionnaire voudrait-il exercer son droit sur les autres immeubles du mari, il ne le pourrait, dans la mesure au moins où la valeur de l'hypothèque aurait été restreinte par la subrogation de l'acquéreur, qu'autant qu'il aurait pris inscription avant l'acquéreur. Voudrait-il, au contraire, exercer son droit de préférence sur le prix de l'immeuble aliéné, il ne le pourrait qu'autant qu'il aurait rempli les formalités de l'art. 1690 C. c., avant que la subrogation consentie à l'acquéreur ait acquis date certaine.

497. Cet exemple montre combien la publicité de cette renonciation au droit de préférence manque d'unité et d'harmonie : pour la renonciation simplement extinctive, elle n'existe nullement ; pour la

faire supprimer le § 5 de la loi de 1889 en entier ; car on peut tenir le même raisonnement pour les cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme sur les autres immeubles du mari ». (GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 153, n° 1851.)

subrogation consentie à un tiers autre que l'acquéreur, elle consiste dans les formalités de l'art. 1690 C. c. ; enfin, pour la subrogation même consentie à l'acquéreur, elle varie encore selon qu'il s'agit de l'intérêt des tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, vis-à-vis desquels elle résulte de l'inscription, ou selon qu'il s'agit des tiers subrogés dans le droit de préférence, vis-à-vis desquels elle est de nouveau absente.

498. Cette diversité est toujours due à la même cause. Au lieu de chercher à poser des règles générales, le législateur de 1889 s'est efforcé de prévoir et de résoudre par avance les diverses questions d'espèces qui pouvaient se présenter ; il s'exposait ainsi fatalement, ainsi qu'il est arrivé à le faire, d'abord à oublier certaines hypothèses ¹, et ensuite à établir des solutions ne concordant pas les unes avec les autres.

499. Il est évident qu'elle constitue un vice très grave de législation. Il aurait cependant été facile d'établir ici un système de publicité efficace et homo-

1. Ce sont ces oublis qui sont la cause du défaut de publicité existant dans certains cas.

Il ne faut pas cependant s'exagérer ces omissions. C'est ainsi que M. Guillouard reproche au législateur de n'avoir pas prévu le cas où l'acquéreur se ferait subroger, non seulement dans le droit de préférence, mais encore dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. (GUILLOUARD, *op. cit.*, p. 150, n° 149.) Cette critique ne nous paraît pas fondée : pour tout ce qui concerne cette subrogation dans l'hypothèque, l'acquéreur est dans la même situation que tout autre subrogé ; c'est donc l'article 9 de la loi de 1855 qui est applicable ; le législateur de 1889 n'avait pas à s'occuper de cette hypothèse.

gène : le moyen, nous avons déjà eu à l'indiquer, c'était d'exiger l'inscription du droit de préférence, et, comme corollaire, de décider que la renonciation ou la subrogation ne deviendraient opposables aux tiers, quels qu'ils soient, qu'à partir de la radiation ou d'une mention en marge de l'inscription. Tant que ce droit était conservé par la femme, il suffisait d'exiger l'inscription sur l'immeuble aliéné; lorsqu'il était cédé par elle, il devenait nécessaire d'exiger en outre, vis-à-vis des tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, une inscription sur ces autres immeubles ⁴.

IV. EXERCICE DU DROIT DE PRÉFÉRENCE PAR LA FEMME APRÈS LA LIQUIDATION DES REPRISES

500. Pratiquement, le paiement du prix d'aliénation a presque toujours lieu avant la liquidation des reprises, et la femme, nous venons de le dire, renonce à son droit de préférence pour permettre au mari de toucher le prix.

501. Ce n'est pas là toutefois l'effet que le droit de préférence était destiné à produire. Normalement, car c'est là sa raison d'être, le droit de préférence a pour objet de permettre à la femme de se faire payer

4. Les subrogés auraient alors eu deux formalités de publicité à remplir : 1^o une mention en marge de l'inscription préexistante sur l'immeuble aliéné; 2^o une inscription sur les autres immeubles du mari.

ses reprises sur le prix d'aliénation. Or, ce paiement ne peut s'effectuer qu'après la liquidation, les reprises de la femme ne devenant liquides et exigibles qu'à cette époque.

502. Quels sont donc les droits que la femme qui veut user de son droit de préférence peut alors exercer contre l'acquéreur?

Comment l'acquéreur doit-il payer son prix, et quels sont les effets et les formes du paiement par lui fait à la femme?

Voilà les deux questions que nous aurons à examiner ici.

503. Le législateur ne s'est occupé de ce sujet que d'une manière fort accessoire : il n'a fait que poser le principe que « la renonciation vaut purge » (§ 1^{er}), et qu'en déduire cette conséquence que la femme peut répéter le paiement fait sans son consentement (§ 4).

Quant aux auteurs, ils ne se montrent pas moins réservés. Ils se bornent à constater que la femme peut exercer son droit de préférence sans en préciser les effets, et à émettre cette proposition, que nous avons déjà eu à critiquer, qu'en cas d'insolvabilité de l'acquéreur, elle peut exercer, conformément à l'article 1466 du Code civil, les droits du mari vendeur de l'immeuble et ces droits seulement ¹.

504. 1° *Droits de la femme à l'encontre de l'acquéreur.*

¹ 1. *Supra*, n° 307 et note.

505. Le droit de préférence, c'est, nous l'avons maintes fois répété, un droit de créance subordonné à la condition suspensive que la femme ait des reprises à exercer.

506. Tant que ces reprises n'étaient pas liquidées, il était impossible de savoir si cette condition s'accomplirait ou ne s'accomplirait pas. C'est pourquoi nous avons refusé à la femme le droit d'accomplir les actes de poursuite ou d'exécution, nous bornant à lui reconnaître celui d'accomplir les actes purement conservatoires¹.

507. Lors de la liquidation, deux situations peuvent se présenter :

Où la femme n'a pas de reprises ; alors, la condition défaille, et la femme n'a aucun droit à l'encontre de l'acquéreur. Par suite, le mari peut désormais, agissant seul, exiger et recevoir paiement. De même, le paiement à lui fait avant la liquidation sans le consentement de la femme serait pleinement validé.

Où la femme a des reprises, alors la condition se réalise. Par suite, la femme peut exercer son droit de créance contre l'acquéreur pour lui réclamer, dans la mesure de ces reprises, le paiement du prix de l'aliénation.

508. Et ce droit, elle peut l'exercer, non seulement si l'acquéreur n'a pas encore payé son prix, mais encore s'il a commis l'imprudence de le payer au mari

1. *Supra*, n° 354.

sans son consentement à elle (§ 4 l. 1889). Elle peut même, bien qu'il y ait là peut-être un abus, se prévaloir de cette action en répétition dans le cas où il existerait, dans le patrimoine du mari, des biens largement suffisants pour garantir ses reprises : son hypothèque légale, en effet, lui permettait de poursuivre le tiers détenteur sans discuter préalablement les biens du mari, et rien n'indique qu'elle a entendu renoncer à cette faculté, qui présente toujours pour elle l'avantage d'éviter des ennuis et des frais ; aucun texte n'accorde d'ailleurs à l'acquéreur un bénéfice de discussion quelconque.

509. Jusqu'ici aucune difficulté n'existe ; mais, si l'acquéreur ne veut ou ne peut payer, quels sont les droits de la femme ?

510. Il est tout d'abord certain que, si le mari n'a pas encore reçu paiement, elle peut, conformément à l'article 1466 du Code civil, exercer les droits du mari dont elle est créancière en reprises, et notamment se prévaloir du privilège et de l'action résolutoire conservés par lui.

511. Elle peut, en outre, comme tout créancier, en son propre nom et de son chef, pratiquer une saisie sur les biens, meubles et immeubles, de l'acquéreur, son débiteur. Il y a là un droit qu'il faut lui reconnaître de toute nécessité : autrement, on la met-

1. Il n'y a évidemment pas lieu de distinguer selon que l'acquéreur est solvable ou insolvable ; les droits de la femme sont nécessairement les mêmes dans les deux cas. Comp. n° 503.

trait dans l'impossibilité d'exercer les droits ou, au moins, certains des droits que la loi lui accorde expressément.

Sans doute, tant que le mari n'a pas reçu paiement, l'exercice des droits du mari serait suffisant pour lui permettre de réclamer de l'acquéreur le paiement de ses reprises.

Mais, conformément au § 4 de la loi de 1889, elle peut répéter le paiement fait au mari sans son consentement ; or, comment pourrait-elle exercer cette action en répétition, si on lui refusait ce droit personnel à l'encontre de l'acquéreur ? Elle ne peut plus se prévaloir des droits du mari pour la raison bien simple que le mari n'a plus aucun droit. Il faut donc qu'elle agisse de son chef, et quel droit, sinon celui que nous lui attribuons ici, pourrait-on lui reconnaître ? Voudrait-on, comme avant la renonciation, limiter ce droit à la saisie de l'immeuble aliéné lui-même ? Mais à quel titre, puisqu'elle n'a plus aucun droit réel sur lui ? Et comment comprendre alors le droit de préférence qui, n'étant plus un droit réel, ne pourrait cependant s'exercer que sur un immeuble déterminé ? Et puis l'acquéreur peut avoir revendu cet immeuble : quel droit resterait-il alors à la femme ?

Aussi la renonciation, telle que la comprend le législateur de 1889, doit-elle nécessairement avoir pour résultat de donner à la femme ce droit de gage général que nous lui avons reconnu sur l'ensemble

du patrimoine de l'acquéreur. Cette solution, qui s'impose, est la meilleure confirmation du caractère de droit de créance personnel à la femme que nous avons attribué au droit de préférence¹.

512. Mais, si la femme peut ainsi pratiquer une saisie sur les biens de l'acquéreur, quels droits peut-elle exercer dans la distribution des sommes provenant de cette saisie ?

Une distinction doit être faite.

Si l'expropriation a porté sur des biens autres que l'immeuble aliéné, elle n'a que les droits d'un créancier chirographaire.

Si l'expropriation a porté sur l'immeuble aliéné lui-même, elle peut, conformément au § 4 de la loi, et de même que si la saisie avait été effectuée par tout autre créancier, faire valoir son droit de préférence sur le prix, et primer ainsi les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires postérieurs à elle.

513. Nous avons supposé, jusqu'ici, la femme en présence de l'acquéreur lui-même ; mais, si l'acquéreur avait revendu l'immeuble, quels seraient les droits de la femme à l'encontre du sous-acquéreur ?

Il est certain qu'elle n'aurait contre lui aucun droit personnel, et qu'elle ne saurait davantage prétendre à un droit quelconque sur l'immeuble, puisqu'elle a perdu le droit de suite attaché à l'hypothèque. Mais

1. Comp. *supra*, nos 306-309.

elle conserverait nécessairement son droit de créance à l'encontre de l'acquéreur qui n'a pu se libérer à son égard par une revente consentie arrière elle, et elle pourrait notamment, en sa qualité de créancière du mari et de l'acquéreur, exercer tous les droits qui appartiendraient encore à l'un deux, conformément à l'art. 1166 du Code civil.

514. Il convient enfin de remarquer qu'en cas de saisie de l'immeuble ou de purge, la femme verrait toujours son droit de préférence éteint par la distribution régulière du prix aux ayants droit.

Toutefois, si, nonobstant l'existence d'hypothèques grevant l'immeuble, l'acquéreur avait eu l'imprudence de ne pas procéder à la purge, et de revendre l'immeuble pour un prix inférieur à celui de l'aliénation à lui consentie, il resterait toujours, en cas de purge entreprise par le sous-acquéreur, responsable envers la femme de la différence de prix : il n'a pu, en effet, par sa seule volonté, restreindre le droit de la femme, celle-ci n'étant plus admise à surenchérir. Et il en serait de même en cas de saisie immobilière, si le prix d'adjudication était inférieur au prix de l'aliénation volontaire ¹.

515. Au point de vue de la procédure, la situation serait la même que si la purge ou la saisie avaient lieu avant la liquidation ; il n'y aurait donc à remplir ni les formalités des art. 2194 et 2195 C. c. en

1. Sur ce dernier point, comp. *supra*, n° 397.

cas de purge, ni celles de l'art. 692 C. pr. civ. en cas de saisie ; par contre, dans la procédure d'ordre, la femme devrait recevoir la convocation d'assister à l'ordre amiable et la sommation de produire dans les quarante jours. Mais, lors de la délivrance des bordereaux de collocation rien n'empêcherait la collocation pure et simple de la femme ; il ne saurait donc plus être question de colloquer, nonobstant ses droits et moyennant caution, les créanciers postérieurs à elle.

§16. 2° « *Modes de libération de l'acquéreur et « paiement par lui des reprises de la femme.* »

Les droits de la femme étant ainsi déterminés, nous devons maintenant rechercher comment l'acquéreur doit se libérer pour respecter ces droits et ceux du mari, et faire ainsi un paiement valable.

§17. S'il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires, il a toujours, non pas l'obligation, mais au moins le plus grand intérêt à procéder à la purge, pour se mettre à l'abri des poursuites de ces créanciers.

§18. Mais, si, l'immeuble étant libre de toute hypothèque, il n'a à se libérer que vis-à-vis des époux, comment doit-il effectuer le paiement ¹ et ² ?

1. Nous supposons, bien entendu, que l'acquéreur n'a pas déjà payé au mari sans le consentement de la femme ; s'il l'avait fait, il n'aurait qu'à attendre l'action en répétition de la femme, contre laquelle il ne saurait se prémunir.

2. Remarquons d'ailleurs que, même dans le cas où il existerait des créanciers hypothécaires sur l'immeuble, le paiement effectué

519. Deux situations peuvent se présenter :

520. Ou l'acte de liquidation détermine quelle est, dans la créance du prix d'aliénation, la part qui doit revenir à la femme, et celle qui doit revenir au mari; alors, le mari et la femme sont, chacun pour leur part, individuellement créanciers de l'acquéreur; chacun d'eux peut donc librement disposer de sa créance, et notamment en exiger et recevoir paiement, à la condition de justifier de ses droits en produisant l'acte liquidatif ¹.

Il n'est même pas nécessaire que la clause de la liquidation qui attribue ainsi une part à la femme dans la créance du prix, soit signifiée à l'acquéreur ou acceptée de lui par acte authentique, conformément à l'art. 1690 du Code civil, pour devenir opposable au tiers. Il y a là en effet un acte déclaratif, déterminant les droits qui appartiennent à la femme en vertu de son hypothèque légale et de la renonciation par elle consentie, et non pas un acte translatif emportant cession de créance du mari à la femme ².

dans les conditions que nous aurons à déterminer serait toujours libératoire vis-à-vis des époux. Le paiement valable fait à la femme aurait même pour résultat d'entraîner au profit de l'acquéreur subrogation, non seulement dans le droit de préférence, mais aussi dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. (*Infra*, n° 527.)

1. Ce serait même la totalité de la créance qui pourrait être attribuée à la femme, si ses reprises étaient suffisantes. Et, inversement, le mari pourrait se voir attribuer la totalité de la créance; il en serait toujours ainsi si la liquidation faisait ressortir que la femme n'a pas de reprises à faire valoir.

2. Il y a là toujours une conséquence de ce principe que la renon-

Où l'acte de liquidation ne détermine pas cette part qui doit revenir à chacun des époux dans la créance du prix, et se borne à constater que la femme est, en raison de ses reprises, créancière du mari jusqu'à concurrence de telle ou telle somme.

Alors, la validité du paiement n'est assurée que s'il est fait avec le consentement des deux époux, conformément aux §§ 4 et 5 de la loi de 1889, comme si la liquidation n'était pas effectuée ¹.

Un paiement fait au mari seul exposerait toujours l'acquéreur à l'action en répétition de la femme.

Et, d'un autre côté, un paiement fait à la femme seule ne saurait être valable, si la femme n'avait pas de reprises ou avait déjà reçu paiement de ses reprises ².

522. Mais faut-il aller plus loin et dire qu'un paiement fait à la femme arriére du mari est nul, alors même que la femme est encore, au moment où il est effectué, créancière en reprises ?

ciation rend la femme créancière personnelle de l'acquéreur. Comp. nos 306-309 et n° 511.

1. Sauf manifestation de volonté contraire, l'intervention de la femme devrait toujours être considérée comme une renonciation au droit de préférence, de telle sorte que le paiement serait encore en réalité fait au mari seul ; en consentant en effet au paiement sans faire fixer les droits qui peuvent lui revenir sur le prix, la femme manifeste en effet l'intention de ne pas faire valoir ces droits, se réservant de réclamer au mari le paiement de ses reprises. Comp. *supra*, n° 350.

Nous avons déjà eu à étudier les formes et les effets de cette renonciation au droit de préférence ; nous ne reviendrons pas sur eux.

2. L'acquéreur qui payerait à la femme sans le consentement du mari s'exposerait toujours à ce que les reprises, en supposant qu'elles aient existé, aient déjà été remboursées par le mari.

Nous ne le croyons pas. La femme était, en effet, créancière de l'acquéreur, sous la condition d'avoir des reprises à faire valoir; il suffit donc qu'elle ait droit à ces reprises pour que cette condition se trouve réalisée, et que, par suite, le paiement soit bien fait au véritable créancier. Il résulte toutefois de là un certain danger pour le mari, la femme pouvant recevoir le paiement de l'acquéreur, ne pas en informer le mari et se faire une seconde fois payer par lui ¹.

523. Mais, si ce concours des époux ne peut se réaliser, la situation est beaucoup plus simple qu'avant la liquidation; celui d'entre eux, la femme comme le mari, qui veut dans la mesure de ses droits exiger le paiement le peut toujours, à la seule condition, dans l'instance qui s'engagera à cet effet devant les tribunaux, de mettre en cause son conjoint pour faire déterminer les droits respectifs de chacun d'eux sur le prix ².

524. *Quels sont maintenant les effets du paiement ainsi fait par l'acquéreur à la femme?*

Ces effets se rattachent tous à ce principe que ce sont les reprises de la femme qui sont ainsi payées

1. Il serait d'ailleurs fort simple d'éviter cet inconvénient en exigeant que le paiement ainsi fait à la femme soit porté à la connaissance du mari pour lui être opposable; mais la loi ne l'a pas fait.

2. Dans cette hypothèse où les époux n'auraient pu se mettre d'accord ni pour se partager entre eux la créance du prix, ni pour consentir tous deux au paiement, un jugement serait évidemment nécessaire pour permettre à l'acquéreur de savoir à qui payer. L'acquéreur aurait d'ailleurs toujours la ressource de consigner.

par l'acquéreur, conformément au but même auquel tendait le droit de préférence.

525. En conséquence, le montant des reprises qui restent à toucher pour la femme se trouve diminué d'autant.

526. D'un autre côté, c'est la dette du mari qui est ainsi payée par l'acquéreur : bien que l'acquéreur et le mari soient tenus tous les deux vis-à-vis de la femme quant au droit de poursuite de celle-ci, le paiement des reprises n'en doit pas moins être supporté, quant à la contribution définitive, par le mari qui en reste le véritable débiteur. Par suite, si, au moment de ce paiement, l'acquéreur était encore débiteur du mari, il est libéré à due concurrence vis-à-vis de lui ; s'il avait déjà payé une première fois au mari sans le consentement de la femme, il peut, de son côté, exercer un recours contre lui.

527. Ce paiement a en outre pour effet de subroger l'acquéreur dans toutes les sûretés qui garantissaient les reprises de la femme, c'est-à-dire dans le droit de préférence sur le prix de l'immeuble vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, comme s'il était fait au mari avec le consentement de la femme, et aussi dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari¹ : la subrogation résulte

1. Cette subrogation dans l'hypothèque légale garantit tous les recours que l'acquéreur pourrait exercer contre le mari : tels seraient, par exemple, le recours en cas d'éviction, ou encore le recours appartenant à l'acquéreur qui a déjà payé une première fois au mari sans

en effet ici, non seulement du § 5 de la loi de 1889, mais encore de l'article 1251, 2^e et 3^e du Code civil ¹.

528. *Quelles sont enfin les formes de ce paiement ?*

529. Envisagé en lui-même et indépendamment de la subrogation qui en résulte, ce paiement n'est assujéti à aucune formalité spéciale, la loi n'en établissant aucune ; de même que le paiement fait au mari, il est donc régi uniquement par les principes du droit commun des articles 1235 et suivants du Code civil. C'est ainsi qu'il peut être valablement constaté par une quittance sous seing, et qu'il est opposable aux tiers ² indépendamment de toute publicité.

Et ceci se comprend facilement : la femme, libre et maîtresse de ses droits, doit pouvoir disposer de sa créance comme tout autre créancier.

530. Cependant, il faut le reconnaître, ce paiement intéresse deux catégories de tiers ³ :

1^o Les tiers que la femme subrogerait dans son droit de préférence : ils ne recevront plus qu'un droit déjà éteint, si la femme en a déjà reçu paiement :

le consentement de la femme, et qui a dû répéter ce paiement à la femme.

Quant à la subrogation dans le droit de préférence lui-même, son utilité ne peut toujours exister que vis-à-vis des créanciers ayant sur l'immeuble aliéné une hypothèque postérieure à celle de la femme. Comp. *supra*, n^o 401 et note.

1. Comp. *supra*, n^o 461.

2. Comp. d'ailleurs pour la renonciation au droit de préférence n^{os} 408 et suivants.

3. Comp. aussi *supra*, n^o 522, et note.

2° Les tiers que la femme subrogerait dans son hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. Nous avons vu que ces tiers ont intérêt à connaître la renonciation translatrice au droit de préférence consentie à l'acquéreur, parce que cette renonciation recule la date de l'hypothèque qui leur est concédée. Ils ont un intérêt beaucoup plus grand à connaître le paiement fait à la femme, car ce paiement diminue la créance même garantie par l'hypothèque.

A ces deux points de vue, le paiement présente donc une grande analogie avec la renonciation translatrice au droit de préférence¹. Nous ne voyons pas cependant à quelle publicité on aurait pu le soumettre, d'autant plus que le paiement fait par le mari lui-même produit exactement les mêmes effets, et échappe cependant à toute publicité. D'ailleurs, à la différence de cette renonciation, le paiement ne peut avoir lieu qu'après la liquidation des reprises de la femme ; or, à cette époque les tiers doivent s'attendre à trouver ces reprises déjà payées, puisque c'est là le but même de la liquidation.

531. Mais, nous venons de le voir, ce paiement entraîne subrogation dans les droits de la femme : s'il n'est assujéti en lui-même à *aucune formalité*, en est-il de même de cette subrogation ?

532. Nous croyons qu'il faut distinguer.

Conformément à l'article 9 de la loi de 1855, la

1. Comp. *supra*, n° 465.

subrogation dans l'hypothèque légale sur les immeubles du mari ne peut résulter que d'un acte authentique, et ne devient opposable aux tiers que par l'inscription ¹. Par suite, l'acquéreur qui veut user de cette subrogation doit exiger une quittance authentique et prendre inscription.

Au contraire, pour la subrogation dans le droit de préférence, l'authenticité de la quittance n'est pas nécessaire, l'article 9 de la loi de 1855 ne s'appliquant qu'à la subrogation dans l'hypothèque elle-même, et non à la subrogation dans le droit de préférence. Et, quant à une publicité quelconque à l'égard des tiers, il ne peut en être question ; car quels tiers ont intérêt à connaître cette subrogation ? Sans doute, les tiers subrogés dans le droit de préférence, ou les tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari ont toujours intérêt à connaître l'extinction du droit de préférence et la diminution des reprises de la femme ; mais cette extinction ou cette diminution résultent ici, non pas de la subrogation, mais du paiement lui-même, puisqu'elles existent indépendamment de toute subrogation ^{2 et 3}.

1. On admet en général que l'article 9 de la loi de 1855 est applicable même à la renonciation faite après la liquidation des reprises. (*Supra*, n° 125.)

2. *Supra*, n° 530.

3. Les explications que nous venons de donner montrent qu'il existe une certaine analogie entre le paiement des reprises de la femme par l'acquéreur et la renonciation de celle-ci au droit de préférence. Ces deux actes sont cependant radicalement opposés : dans

533. Toutes ces solutions, il est facile de le voir, se rattachent au même principe, à savoir que le droit de préférence, tel que l'entend le législateur de 1889, constitue bien et ne peut constituer qu'un droit de créance appartenant personnellement à la femme contre l'acquéreur : elles en sont à la fois les conséquences et la consécration. C'est là une idée que l'on ne met pas ordinairement assez en lumière, et que l'on méconnaît même trop souvent ; elle doit cependant exercer une influence capitale sur tout ce sujet, non seulement relativement aux effets de la renonciation, mais aussi relativement à ses formes¹ ; en ne

le premier cas, la femme exerce son droit ; dans le second, elle l'abandonne ; de là résultent entre eux les quatre différences suivantes :

1° La renonciation ne libère pas l'acquéreur ; elle a simplement pour effet de lui permettre désormais de payer au mari seul. Le paiement valable fait à la femme le libère à due concurrence.

2° La renonciation, même translatrice, ne diminue pas les reprises de la femme. Le paiement les diminue d'autant.

3° Le paiement, indépendamment de toute subrogation, diminue la valeur de l'hypothèque légale portant sur les autres immeubles du mari ; il n'a cependant pas à être porté à la connaissance des tiers subrogés dans cette hypothèque.

La renonciation translatrice diminue aussi la valeur de cette hypothèque dont elle recule la date ; mais elle doit être portée à la connaissance des tiers subrogés dans cette hypothèque par l'inscription.

Quant à la renonciation extinctive, elle ne modifie aucunement la valeur de cette hypothèque.

4° Le paiement entraîne subrogation, non seulement dans le droit de préférence, mais aussi dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. Cette subrogation résulte de l'article 1251. C. c.

La renonciation n'entraîne subrogation que dans le droit de préférence, vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme. Cette subrogation résulte, non pas de l'article 1251. C. c., mais d'une disposition spéciale de la loi de 1889.

1. C'est sur elle que nous nous sommes appuyé pour décider que la renonciation nécessitait l'acceptation de l'acquéreur. (*Supra*, n° 152.)

la comprenant pas, on se priverait de l'idée directrice qui seule permet de résoudre les différents problèmes, quelquefois assez complexes, que soulève cette renonciation, et, dans certaines hypothèses, on se trouverait en présence de situations complètement inextricables ¹.

1. Voir notamment ce que nous avons dit du droit de répétition attribué à la femme. (*Supra*, n° 511.)

CONCLUSION

534. Avant de terminer l'étude de la loi de 1889, nous avons une dernière question à examiner : cette loi a eu pour objet, dans une large mesure, de trancher des controverses alors existantes ; ne doit-elle donc pas être considérée comme une loi interprétative, ayant par suite un effet rétroactif et s'appliquant aux renonciations antérieures à sa promulgation ?

535. Pour certaines de ses dispositions que l'on ne pouvait songer à appliquer avant elle, elle est certainement introductive d'un droit nouveau : il en est ainsi de la disposition qui prescrit la mention de la renonciation postérieure à l'acte d'aliénation en marge de la transcription de cet acte (§ 1^{er}), de celle qui détermine les circonstances desquelles peut s'induire la renonciation tacite (§ 3), et enfin de celle qui organise la publicité du droit de préférence transféré à l'acquéreur (§ 5).

536. Pour les autres au contraire, qui avant elles donnaient lieu à diverses contestations, son caractère est moins nettement défini : il en est ainsi de la disposition qui rend la renonciation contenue dans l'acte d'aliénation opposable aux tiers par la seule transcription de cet acte (§ 1^{er}), de celle qui exige l'acte authentique (§§ 1 et 2), de celle qui attribue à

la renonciation l'effet d'éteindre le droit de suite et de laisser subsister le droit de préférence (§§ 1 et 4), de celle qui permet à la femme renonçante de répéter le paiement fait sans son consentement (§ 4), et enfin de celle qui décide que le paiement effectué avec le consentement de la femme emporte subrogation dans le droit de préférence vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme (§ 5).

Toutefois, même pour ces dernières règles, la question ne présente un réel intérêt pratique que pour le droit de répétition de la femme en cas de paiement effectué sans son consentement : la jurisprudence paraissait en effet lui refuser ce droit avant 1889¹ ; la loi nouvelle a-t-elle donc modifié cette situation pour les renonciations antérieures à sa promulgation ? Sur tous les autres points, au contraire, la jurisprudence admettait déjà les solutions consacrées par la loi de 1889² ; il est donc certain qu'elle ne reviendra plus aujourd'hui sur elles, alors même que l'on refuserait à la loi tout effet rétroactif.

537. La Cour de cassation n'a eu à se prononcer

1. *Supra*, n° 327.

2. Les seuls points qui avaient fait l'objet de contestations sérieuses concernaient l'acte authentique et la publicité de la renonciation.

Pour l'acte authentique, un arrêt de la Cour de Lyon, confirmé par un arrêt de la Cour de cassation, le considérait déjà comme nécessaire. — Lyon, 6 mars 1880, et Cass., 22 mai 1880. (Dall., 81, 1, 48, et S., 81, 1, 148.) Voir aussi *supra*, n° 60.

Pour la publicité, un arrêt de la Cour de cassation de 1890, postérieur à la loi nouvelle, mais relatif à une renonciation antérieure, et spécifiant que le texte primitif de l'article 9 de la loi de 1855 est seul

qu'une fois sur la question, et encore d'une manière accessoire et relativement à l'acte authentique seul : elle décide que la loi de 1889 n'a aucun caractère rétroactif ¹.

Nous croyons que cette jurisprudence doit être approuvée et étendue, par identité de motifs, à toutes les autres dispositions de la loi.

Le principe écrit dans l'article 2 du Code civil, c'est en effet que « la loi ne dispose que pour l'avenir, « qu'elle n'a pas d'effet rétroactif. » Sans doute, il en est autrement des lois simplement interprétatives, et, à l'origine, les promoteurs de la loi de 1889 se

applicable à la question, décide également que la renonciation contenue dans l'acte d'aliénation et transcrite avec lui est opposable aux tiers, indépendamment de toute inscription. — Cass., 5 mai 1890. (Dall., 91. 1, 467, et S., 91, 1, 393.) Voir aussi *supra*, n° 61.

Remarquons toutefois, à ce dernier point de vue, qu'aujourd'hui encore une question reste indécise : la renonciation antérieure à 1889 et distincte de l'acte d'aliénation est-elle opposable aux tiers, indépendamment de toute publicité, ou est-elle soumise à l'inscription ? (Il ne peut être question d'exiger la mention marginale prévue par la loi de 1889, cette loi n'ayant certainement pas effet rétroactif à ce sujet.)

1. Cass., 5 mai 1890. (Dall., 90, 1. 467, et S., 91, 1, 392.) Cet arrêt, relatif à une renonciation antérieure à 1889, décide expressément que, pour la formalité de l'authenticité, *le texte primitif* de la loi de 1855, dans son article 9, *est seul applicable*. On l'interprète cependant quelquefois en sens contraire : c'est qu'il ajoute que la loi de 1889 *n'a point innové* à ce sujet, mais qu'elle a simplement *consacré la doctrine généralement admise dans la pratique*. Cette disposition paraît avoir induit certains auteurs en erreur (WABLE, *loc. cit.*, p. 195, n° 167); pour nous, elle signifie simplement que, la loi de 1855 exigeant déjà, indépendamment des dispositions de la loi nouvelle, l'authenticité de l'acte de renonciation, la loi de 1889 n'a fait que confirmer ce qui existait déjà, sans cependant avoir elle-même effet rétroactif; autrement, elle contredirait le principe posé dans le premier considérant de l'arrêt.

proposaient uniquement d'interpréter l'article 9 de la loi de 1855, et de mettre fin aux controverses qu'il suscitait; mais, après les transformations radicales subies par le projet qu'ils avaient présenté, il nous semble bien difficile de considérer la portée interprétative de la loi de 1889 comme suffisamment caractérisée pour permettre d'apporter une exception à l'article 2 du Code civil. Certains des dispositions de la loi, il est vrai, sont toujours relatives à des difficultés suscitées par la loi de 1855; mais elles aussi portent l'empreinte des idées nouvelles qui apparurent lors des discussions devant le Parlement, et les motifs sur lesquels elles reposent sont souvent complètement étrangers à ceux qui avaient inspiré le législateur de 1855: cela suffit amplement pour empêcher d'y voir une simple interprétation de cette loi. N'est-il pas d'ailleurs singulièrement excessif d'aller dans certains cas jusqu'à diviser les différentes parties d'une même phrase et d'une même prescription, attribuant, par exemple, dans le § 1^{er}, un effet rétroactif à la disposition relative à la transcription, et un effet non rétroactif à celle relative à la mention? Et puis, lorsque le législateur entend donner à une loi un effet rétroactif, nonobstant l'article 2 du Code civil, il l'exprime ordinairement en termes formels; or, ici, aucun texte ni même aucun passage des travaux préparatoires ne révèlent chez lui cette intention ¹.

1. En ce sens: DUCRET, *Étude sur la loi du 13 février 1889*, p. 39; —

538. Nous avons ainsi examiné toutes les dispositions de la loi de 1889 ; en étudiant chacune d'elles, nous nous sommes efforcé d'en apprécier le mérite. Il nous reste maintenant à rechercher ce qu'il faut penser de la loi elle-même, envisagée en elle-même et dans son ensemble.

539. Nous n'hésitons pas à dire qu'elle a constitué un progrès sensible en tranchant, au moins pour une des formes de la renonciation à l'hypothèque légale, les nombreuses controverses suscitées par la loi de 1855, et en permettant à l'acquéreur d'éteindre l'hypothèque de la femme sans procéder à la purge¹ ; depuis dix ans déjà qu'elle est en vigueur, on a pu constater les excellents résultats qu'elle a produits à cet égard.

540. Mais nous croyons que l'on doit lui adresser deux grands reproches.

541. Le premier en concerne la forme. A première vue, sa longueur exagérée suffit pour révéler que cette forme doit être fort défectueuse. Ainsi que le disait très justement Bacon : « *Descriptio legum obscura oritur aut ex loquacitate et verbositate earum* »² ; la loi de 1889 est une des nombreuses confirmations de cette maxime : nous avons eu, en effet, à critiquer la rédaction obscure, diffuse et souvent complètement inexacte de presque tous ses paragraphes.

Journal des conservateurs des hypothèques, art. 4009 et art. 4115. — Comp. : DE L'ÉPINE, *Rev. Not.*, art. 8295 ; — DALMBERT, p. 340, note 3 ; — WABLE, *loc. cit.*, p. 193-196, nos 165-169.

1. Comp. *supra*, nos 65-67.

2. *Tractat. de justitia universali*, sect. x, aphorisme LXV.

C'est là un défaut qui nous paraît dû à une double cause : d'abord, au manque de méthode dans la confection même de la loi ¹ ; ensuite, à cette erreur du législateur, qui s'est presque toujours efforcé de prévoir des questions de détail, alors que son rôle aurait dû être de poser des principes généraux, et de laisser aux tribunaux le soin de résoudre les difficultés de détail auxquelles ces principes pouvaient donner naissance.

Le second concerne le cadre trop restreint dans lequel le législateur s'est enfermé.

Le législateur de 1889 s'est placé, en effet, en présence d'une hypothèse spéciale pour laquelle les inconvénients de la loi de 1855 apparaissaient d'une manière particulièrement frappante, et ne s'est préoccupé que de cette hypothèse. Cependant, la loi de 1855 soulevait bien d'autres difficultés qui sont restées pendantes, et présentait bien d'autres lacunes qui ne sont pas encore comblées aujourd'hui ².

542. Et puis, loin de restreindre ainsi la portée de la loi de 1855, il aurait fallu l'élargir : cette loi est en effet spéciale à la renonciation à l'hypothèque légale de la femme ; mais il n'existe aucune réglementation pour cette matière, complexe cependant, des renonciations à l'hypothèque. A fractionner ainsi les diverses parties d'un même sujet, on s'expose fatalement à rompre toute unité dans la législation, et ce résultat

1. Comp. *supra*, n° 119.

2. Comp. *supra*, n° 71.

n'a été que trop réalisé. C'est ainsi, pour prendre un exemple tiré de la publicité même, puisque le législateur de 1889 s'est surtout proposé d'organiser cette publicité, que nous avons déjà eu à signaler la diversité, véritablement étrange, régnant dans la publicité de la renonciation au droit de préférence de la femme ¹. Pour la publicité de la renonciation à l'hypothèque elle-même, cette diversité n'est pas moins grande. En principe, la renonciation à une hypothèque n'a pas à être publiée ; la publicité n'existe que pour la renonciation à l'hypothèque légale de la femme, et, sur ce point encore, elle varie selon les cas : pour la renonciation translatrice, elle consiste dans l'inscription ; pour la renonciation extinctive consentie à l'acquéreur, elle résulte de la transcription ; pour les autres renonciations extinctives, en l'absence de texte précis, la question reste indécise. N'y a-t-il pas là un dédale au milieu duquel il est à peu près impossible de se reconnaître, et n'y aurait-il pas le plus grand intérêt à établir une loi générale, applicable à toutes les renonciations aux hypothèques légales, conventionnelles ou judiciaires, et coordonnant ces diverses solutions ?

543. Et cette loi elle-même serait trop restreinte encore. C'est en effet — l'accord est à peu près un-

1. *Supra*, nos 497-499.

2. On pourrait d'ailleurs signaler un manque d'harmonie analogue pour toutes les autres conditions de forme de la renonciation. Comp. ce que nous avons dit de l'acte authentique exigé par la loi de 1889 et de la réglementation à laquelle cette même loi assujétit la renonciation tacite.

nime sur ce point, mais la difficulté de la tâche a toujours fait reculer le législateur — tout notre système hypothécaire lui-même qu'il conviendrait de réorganiser à nouveau, en faisant cesser notamment cette dispense d'inscription dont jouissent certaines hypothèques, mais l'efficacité de lois partielles sera toujours des plus limitées. C'est ainsi, par exemple, pour nous placer toujours dans l'hypothèse même prévue par la loi de 1889, que cette loi permet bien à l'acquéreur d'éteindre l'hypothèque de la femme sans procéder à la purge ; mais l'acquéreur qui se contenterait ainsi d'une renonciation de la femme ; serait toujours exposé à laisser l'immeuble grevé d'autres hypothèques occultes. Aussi la purge reste-t-elle nécessaire pour lui donner une sécurité complète ; il y a là, pour la pratique, un inconvénient très grave auquel on ne pourrait remédier que par la suppression même des dispenses d'inscription ¹.

1. Cette suppression aurait encore pour résultat d'éviter toute difficulté pour la publicité de la renonciation à l'hypothèque de la femme : il serait alors facile de faire résulter cette publicité d'une radiation de l'inscription.

Vu :

Le Professeur Président de la Thèse,

L. GUILLOUARD.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,

EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,

E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Nos	Pages.
1. Utilité de l'extinction de l'hypothèque de la femme pour les acquéreurs d'immeubles grevés de cette hypothèque.	3
2-4. Modes de réaliser cette extinction : purge et renonciation ; avantages de la renonciation.	3
5. La renonciation consentie à l'acquéreur n'est qu'une des formes de la renonciation à l'hypothèque légale. . .	4
6. Signification des mots « renonciation », « renonciation extinctive », « renonciation translatrice », « subrogation »	5
7-8. La renonciation consentie à l'acquéreur est toujours extinctive ; son seul effet est d'éteindre le droit de suite attaché à l'hypothèque	5
9-10. Mais la femme conserve son droit de préférence ; elle peut aussi y renoncer ou le céder. — Renonciation au droit de préférence consentie à l'acquéreur : elle peut être extinctive ou translatrice.	6
11. Texte de la loi du 13 février 1889	7
12-13. Cette loi est spéciale à la renonciation consentie à l'acquéreur	9
14. Économie générale de la loi	9
15. La loi de 1889 ne concerne aucunement la capacité requise chez la femme pour renoncer	10
16-17. Division du sujet.	10

CHAPITRE I^{er}

HISTOIRE DE LA RENONCIATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE CONSENTIE A L'ACQUÉREUR

18-22. Origine de la renonciation consentie à l'acquéreur. — Droit hellénique et droit romain	12
22-25. Droit moderne : Code civil, art. 9 de la loi du 23 mars 1855 ; loi du 13 février 1889.	13
26. Division du chapitre	15

SECTION I^{re}. — *Régime du Code civil*

Nos	Pages.
27. Sous le Code civil, l'histoire de la renonciation consentie à l'acquéreur se confond avec l'histoire plus générale des renonciations à l'hypothèque légale . .	15
28-29. Les renonciations à l'hypothèque légale sont une institution de la pratique. Elles concordent cependant assez mal avec les idées qui ont servi de base à l'institution même de cette l'hypothèque.	16
30. Opinions proposées par certains auteurs contestant la validité de ces renonciations, ou voulant les assujétir aux formalités des articles 2144 et 2145 Code civil . .	18
31. Critique et rejet de ces opinions.	18
32. Sous le Code civil, les renonciations étaient complètement libres.	19
33-37. Inconvénients en résultant au point de vue: 1 ^o de leurs effets, 2 ^o du défaut de publicité, 3 ^o du défaut de protection de la femme.	20
39-41. Vœux émis par certaines Cours et certaines Facultés, lors de l'enquête de 1841	21

SECTION II. — *Régime de la loi du 23 mars 1855*

42-43. Art. 9 de la loi du 23 mars 1855. — Il concerne uniquement la publicité des renonciations à l'hypothèque légale.	24
44-46. Économie générale de la réglementation établie par cet article. — Inscription et acte authentique.	25
47-49. Cet article s'appliquait incontestablement à la renonciation translatrice; mais s'appliquait-il de même à la renonciation extinctive?	26
50. Exposé d'une première opinion admettant l'affirmative.	27
51-53. Distinction proposée par une seconde opinion: l'acte authentique est exigé pour les renonciations extinctives, mais non l'inscription.	28
54-57. La loi de 1855 est complètement étrangère à la renonciation extinctive.	32
58-62. Incertitude de la jurisprudence sur la question. — Arrêts de 1863, 1866, 1880 et 1890	37
62-64. Inconvénients résultant de cette incertitude, et se manifestant particulièrement pour la renonciation consentie à l'acquéreur; celui-ci n'avait qu'un moyen de dégrever l'immeuble, c'était de purger	41
65-68. Cette situation était peu rationnelle et désastreuse en pratique.	44

SECTION III. — *Travaux préparatoires de la loi de 1889*

Nos	Pages.
69-70. Origine de la loi de 1889: les notaires s'efforcent d'éviter ces procédures de purge en réclamant une organisation claire et pratique de la publicité des renonciations consenties à l'acquéreur. — Système de publicité proposé par eux.	46
71. Conséquences de ce point de départ: 1 ^o La loi nouvelle devait être spéciale à la renonciation consentie à l'acquéreur. — Critique de cette spécialité. 2 ^o Elle devait concerner uniquement la publicité de cette renonciation. — Dans la suite, ce dernier point de vue fut totalement modifié.	47
72. Première pétition présentée sans succès par les notaires.	48
73. Seconde pétition présentée encore sans succès	48
74. Troisième pétition	49
75-77. Nouvelle pétition présentée en 1881. — Projet de loi proposé par les notaires. — Prise en considération par la Chambre des députés, et renvoi au ministre de la Justice.	50
78-79. Projet de loi présenté à la Chambre, en 1881, par M. Cazot, ministre de la Justice. — Droit de préférence et acte authentique.	51'
80. Commission nommée à la Chambre. — Premier rapport Bernier, tendant à l'adoption du projet. — Modifications de forme.	54
81. Expiration de la législation 1881-1885. — Reprise du projet par M. Brisson.	55
82-83. Second rapport Bernier. — Acte authentique et but auquel il tendait. — Renonciation tacite. — Nouveau projet de loi	55
84. Vote du projet par la Chambre des députés, les 19 avril et 27 mai 1886	57
85-86. Le projet présenté au Sénat par M. Demole, ministre de la Justice.	57
87-93. Commission nommée au Sénat. — Rapport Merlin. — Adoption par la Commission du principe de la loi, mais modifications proposées par elle: acte authentique, renonciation tacite, droit de préférence. — Nouveau projet.	57
93-105. Discussion du projet au Sénat les 6 et 7 février 1888. — Transcription et inscription de la renonciation. —	

Nos		Pages.
	Acte authentique et amendement Léon Renault. — Renonciation tacite et adoption d'un amendement Fallière. — Droit de préférence et amendements Lacombe. — Renvoi à la commission	61
105-113.	Rapport supplémentaire Merlin. — Rejet de l'amendement Léon Renault. — Adoption en principe des amendements Lacombe, mais modifications à eux apportées, et nouvelle rédaction proposée	70
114.	Adoption pure et simple du projet par le Sénat. — Texte ainsi voté en première délibération	74
115.	Seconde délibération devant le Sénat. — Acte authentique et adoption de l'amendement Léon Renault . .	75
116.	Vote définitif du projet par le Sénat.	77
117.	Retour du projet à la Chambre des députés. — Vote de la loi les 26 janvier et 5 février 1889.	77
118.	Promulgation à l' <i>Officiel</i> , le 13 février 1889	77
119.	Manque complet de méthode dans la confection de la loi. — Cette critique pourrait s'appliquer à presque toutes nos lois modernes	77

CHAPITRE II

CAS D'APPLICATION DE LA LOI DE 1889

121.	Les deux conditions requises pour l'application de cette loi	80
122.	<i>Renonciation à l'hypothèque légale de la femme</i>	80
123-125.	1 ^o La loi de 1889 s'applique à la renonciation à l'hypothèque légale consentie par la femme au cours du mariage. — Mais s'applique-t-elle à la renonciation consentie par un tiers subrogé dans l'hypothèque légale? — à la renonciation consentie après la dissolution du mariage?	80
126.	Raisons de douter : texte et motifs de la loi.	81
127-131.	Exposé et adoption de l'affirmative : raisons juridiques et pratiques	83
132.	2 ^o <i>Renonciation consentie au profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de l'hypothèque légale</i>	83
133.	Immeubles propres — communs — indivis entre les époux.	88
134.	Que faut-il entendre par l'expression « acquéreur d'immeuble » ?	83
135-136.	Il n'y a pas à distinguer entre la vente et les autres aliénations sujettes à transcription.	88
137-138.	Mais la loi de 1889 est inapplicable pour les aliénations non soumises à transcription. — Mutations par décès.	90

Nos	Pages.
139-142. Elle ne s'applique pas davantage aux acquisitions de droits réels autres que la propriété. — Bail supérieur à 18 ans	91
143. Elle s'applique cependant à l'acquisition de nue propriété	94
144-145. Critique de ces restrictions.	95

CHAPITRE III

FORMES DE LA RENONCIATION

146. Raisons des formalités établies par la loi. — Intérêt de la femme et intérêt des tiers	96
147. Exposé général de ces formalités.	98
148. Division du chapitre	100
149-152. La renonciation consentie à l'acquéreur exige-t-elle le consentement de celui-ci? Controverse et adoption de l'affirmative.	100
153. Limitation qu'il convient d'apporter à cette solution . .	104

SECTION I^{re}. — *Nécessité d'un acte authentique*

154-156. Raisons de cette nécessité. — Raisons juridiques et pratiques	105
157-158. Texte de la loi. — Vice de rédaction	108
159. Les trois points à examiner.	109
160. 1 ^o <i>Portée de la règle exigeant l'acte authentique.</i> . . .	109
160-165. Cet acte doit-il être nécessairement un acte notarié? .	
Controverse et adoption de la négative	109
166-168. Mais, si l'acte est notarié, il doit être retenu en minute. .	113
169. Il faut assimiler à l'acte notarié l'acte sous seing déposé dans une étude de notaire par les parties ou par la femme seule	114
170. La procuration à l'effet de renoncer doit être authentique.	116
171. L'acte de renonciation qui intervient en vertu de cette procuration doit également être authentique.	116
172. L'authenticité n'est pas exigée pour l'acceptation de l'acquéreur. — Acceptation tacite.	117
173. <i>Sanction de cette règle</i>	119
174. Nullité radicale ou inexistence de la renonciation consentie par acte sous seing.	119
175. Conséquences de cette nullité. — Intéressés pouvant l'invoquer	120

Nos	Pages.
176. Nullité de la promesse de renoncer consentie par acte sous seing	121
177. Mais la femme conserve le droit de s'obliger envers l'acquéreur par acte sous seing. — Obligation de ne pas l'évincer ou obligation de garantie	122
178-181. Effets de ces obligations et comparaison avec ceux de la renonciation.	122
182-184. Inconséquences résultant de cette comparaison. — La femme peut se priver indirectement de son hypothèque par acte sous seing. — Autres inconvénients.	126
185. Ces inconvénients se réalisent très souvent en pratique. — Circonstances nombreuses entraînant pour la femme obligation de garantie.	127
186. 3 ^e <i>Appréciation de cette règle</i>	128
187. Première opinion : approbation pure et simple. — Arguments pratiques et théoriques.	128
188. Deuxième opinion : bien que critiquable en pratique, l'acte authentique était nécessaire pour mettre la loi de 1889 en harmonie avec les principes généraux de notre régime hypothécaire et avec ceux de la loi de 1855	129
189. Le législateur a eu tort d'exiger l'acte authentique	130
190-192. Considérations pratiques. — Examen des avantages résultant de l'authenticité. — Inconvénients entraînés par elle : frais et défaut nécessaire de sanction.	130
193. Considérations théoriques. — Cette exigence est inconciliable avec les principes du droit commun, qui permettent à la femme de s'obliger par acte sous seing.	133
194. Principes généraux de notre régime hypothécaire et de la loi de 1855.	133

SECTION II. — *Publicité de la renonciation*

199-201. Notions générales sur cette publicité et texte de la loi.	136
202. Vice de rédaction.	138
203. Les trois points à examiner.	139
204. 1 ^o <i>En quoi consiste cette publicité</i>	139
205-206. Renonciation contenue dans l'acte d'aliénation. — Transcription de l'acte	139
207. Renonciation contenue dans un acte distinct. — Mention marginale.	139
208. En quoi consiste la transcription ? Renvoi.	139
209. Comment la mention doit-elle être faite ?	139
210. Énonciations que doit contenir la mention.	140

Nos	Pages.
211. Ni la transcription ni la mention ne sont astreintes au renouvellement décennal	141
212. Qui peut requérir la transcription ou la mention? . . .	141
213-214. La loi n'impose à l'acquéreur aucun délai pour accomplir ces formalités; mais l'intérêt de celui-ci est de se hâter. — Approbation de cette règle.	141
215. 2 ^o <i>Sanction de cette règle.</i>	142
216. L'absence de publicité n'empêche pas la renonciation d'être pleinement valable entre les parties.	142
217. Mais elle l'empêche d'être opposable aux tiers. — Quels sont donc les intéressés qui peuvent ainsi invoquer le défaut de publicité?	144
218-221. Différents textes ayant figuré sur ce point dans les différents projets successivement présentés au Parlement.	
222-223. Silence et inexactitude de la loi de 1889.	146
224-226. Les deux points certains:	
1 ^o Ni la femme, ni l'acquéreur, ni leurs héritiers ne peuvent invoquer le défaut de publicité.	
2 ^o Les cessionnaires de l'hypothèque légale peuvent l'invoquer	147
227-228. Les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, peuvent-ils l'invoquer?	148
229. En principe, ils n'y ont pas intérêt	148
230-237. Leur intérêt n'apparaît que dans le cas où la femme leur a consenti, à eux aussi, une renonciation à son hypothèque. — Renonciation translatrice et renonciation extinctive. — Ils peuvent alors se prévaloir du défaut de publicité. — Doivent-ils, de leur côté, avoir pris inscription?	150
238. Les créanciers chirographaires de la femme peuvent-ils invoquer le défaut de publicité? — Exposé et adoption de la négative.	155
239. Résumé de la discussion	156
240. 3 ^o <i>Appréciation de cette publicité.</i>	156
241. Utilité incontestable de la publicité de la renonciation.	156
242-243. Les deux moyens de réaliser cette publicité. — Inscription et transcription.	156
244. Opinion proposant d'exiger l'inscription. — Considérations théoriques et pratiques	157
245. Ce système aurait consacré tous les inconvénients que le législateur de 1889 se proposait de faire disparaître.	158
246. Le système adopté par le législateur était le seul pratique.	160
248-249. Justification de ce système au point de vue théorique,	

Nos		Pages
	en raison de la dispense d'inscription de l'hypothèque légale. — Principes du droit commun en matière de publicité hypothécaire, et de la loi de 1855	160
250-251.	Mais le législateur aurait pu exiger, dans tous les cas, une mention de la renonciation en marge de la transcription de l'acte d'aliénation	162
252.	A part cette légère critique, le système de publicité de la loi de 1889 doit être pleinement approuvé.	163

SECTION III. — *Réglementation de la renonciation tacite*

253.	Renonciation expresse et renonciation tacite.	164
254.	Qu'est-ce que la renonciation expresse? — Quand peut-elle intervenir?	165
255.	Qu'est-ce que la renonciation tacite?	165
256.	La renonciation tacite avant 1889. — Pouvoir souverain d'interprétation appartenant aux tribunaux	165
257.	Raisons de la réglementation établie par la loi de 1889. Intérêt de la femme et des tiers.	167
258.	Texte de la loi.	168
259.	Les trois points à examiner:	168
260.	1 ^o <i>Cas dans lesquels la renonciation tacite peut exister.</i>	168
261.	Les trois conditions requises:	168
262.	1 ^o La femme doit concourir à l'acte d'aliénation.	169
263.	Concours et consentement	169
264.	Renonciation par mandataire	170
265.	Mari se portant fort de la renonciation de sa femme.	170
266.	2 ^o La femme doit prendre un engagement envers l'acquéreur	171
267.	3 ^o Cet engagement doit être pris à titre de « covenderesse, garante ou caution de mari. »	172
268-269.	Caractère commun à ces trois sortes d'engagements: dans tous, la femme contracte l'obligation de garantie.	172
270.	α. Femme covenderesse	173
271.	Aliénation d'un immeuble conquêt de communauté ou indivis entre les époux. — Propre au mari.	173
272-275.	Dans les aliénations autres que la vente, la qualité de coalénatrice prise par la femme peut-elle entraîner renonciation tacite? Exposé et adoption de l'affirmative. — Aliénations à titre onéreux et donations.	174
276.	β. Femme garante	176
277.	γ. Femme caution du mari.	177
278-280.	Il est logique que ce cautionnement entraîne renonciation à l'hypothèque légale. — Controverse.	177

Nos	Pages.
281-283. Caractère limitatif de l'énumération faite par la loi, — Conséquence.	181
284-289. Le consentement de la femme au paiement du prix n'entraîne-t-il pas aussi renonciation à l'hypothèque? Controverse et adoption de la négative	184
290. Nonobstant la réunion de ces trois conditions, les tribunaux peuvent refuser de voir une renonciation dans l'engagement pris par la femme	187
291. 2 ^e <i>Sanction de cette réglementation de la renonciation tacite</i>	188
292. Si les conditions requises par la loi ne sont pas remplies, la renonciation ne peut exister. — Conséquences de cette inexistence; renvoi.	189
293. 3 ^e <i>Appréciation de cette réglementation.</i>	189
294. Critiques théoriques et pratiques.	190
295. Le but poursuivi par le législateur n'est nullement réalisé, et le pouvoir d'appréciation des tribunaux, qu'il a voulu supprimer, reparaît nécessairement à un triple point de vue:	
1 ^o Détermination des circonstances d'où peut résulter, pour la femme, l'engagement de covenérèssé, garante ou caution.	
2 ^o Possibilité de l'absence de renonciation, malgré l'accomplissement des conditions prévues par la loi.	
3 ^o Incertitude même de la distinction entre la renonciation expresse et la renonciation tacite	190
296-297. Conclusion: des trois conditions de forme auxquelles la loi de 1889 assujétit la renonciation, une seule doit être approuvée: c'est celle qui concerne la publicité.	192
298. Les intérêts des tiers auraient pu être ainsi complètement sauvegardés.	193
299. Il est vrai que la femme n'aurait alors reçu aucune protection spéciale; mais cette protection n'était nullement nécessaire	193

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA RENONCIATION

300. Objet de la renonciation	195
301. La renonciation éteint le droit de suite attaché à l'hypothèque, mais laisse subsister le droit de préférence. — Comparaison avec la purge	195
302-310. Caractère du droit de préférence: ce droit constitue un droit de créance privilégiée appartenant à la femme	

Nos	Pages.
contre l'acquéreur, de telle sorte que la renonciation a en réalité pour objet de transformer l'hypothèque en un droit de créance. — Conséquences : droit de gage général et délaissement. — Identité avec la purge	198
311. Par suite, tant que la liquidation des reprises des époux n'est pas effectuée, les droits respectifs de chacun d'eux sur la créance du prix d'aliénation restent indéterminés. — Différence entre le droit du mari et celui de la femme.	205
312. Division du chapitre	206
313-314. REMARQUE I ^{re} . — Les effets attribués par la loi à la renonciation reposent uniquement sur une interprétation de la volonté présumée des parties; mais celles-ci restent toujours libres d'exprimer une volonté contraire.	206
315. REMARQUE II. — Existence précaire et aléatoire de la renonciation	207
SECTION I ^{re} . — <i>Extinction du droit de suite</i>	
316. L'extinction du droit de suite est de l'essence de la renonciation	207
317. Elle subsiste, même en cas d'insolvabilité de l'acquéreur	208
318. Effets de cette extinction: perte de tout droit réel sur l'immeuble, du droit de surenchère du dixième en cas de purge.	208
319-320. La femme ne peut plus céder l'hypothèque ayant grevé l'immeuble aliéné. — Cession du droit de préférence.	209
321-324. L'hypothèque ne peut plus faire l'objet d'une inscription sur l'immeuble aliéné. — Radiation de l'inscription préexistante. — État délivré par le conservateur et inscription générale prise par un subrogé dans l'hypothèque légale. — Renonciation expresse et renonciation tacite	210
SECTION II. — <i>Survie du droit de préférence</i>	
325. Cette survie du droit de préférence n'est que de la nature de la renonciation.	212
326. Elle repose sur une interprétation fort rationnelle de la volonté de la femme	213
327. Elle était déjà admise avant la loi de 1889. — Discussions existant alors sur la nature et les effets du droit de préférence.	213

Nos	Pages.
328-329. Le droit de préférence avec la loi de 1889. — Difficultés qu'il entraîne pour le paiement du prix de l'aliénation. — Notions générales sur ce paiement	214
330. Les quatre questions à examiner	215

I. — DURÉE ET MODE DE CONSERVATION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE

331-332. Le droit de préférence est soumis uniquement à la prescription trentenaire.	216
333. Point de départ de cette prescription: liquidation des reprises des époux.	217
334-336. L'existence de ce droit n'est subordonnée à aucune condition de publicité. — Aucune inscription n'est requise.	218
337. Toutefois, l'inscription doit être prise lorsque le droit de préférence est cédé à l'acquéreur lui-même. — Renvoi.	220
338. Danger résultant pour les tiers de ce caractère occulte et de cette longue durée du droit de préférence.	220
339-341. Il aurait été facile de remédier à ce danger en exigeant l'inscription. — Autre système proposé à cet effet	222
342. Cette réforme aurait même été utilement complétée par la suppression de la dispense d'inscription de l'hypothèque légale elle-même. — Mais cela aurait été dépasser de beaucoup le but que s'était proposé le législateur de 1889	224

II. — MODES DE LIBÉRATION DE L'ACQUÉREUR ET DROITS DES ÉPOUX
AVANT LA LIQUIDATION DE LEURS REPRISSES

343. Nécessité du consentement des deux époux pour cette libération.	224
344-345. Ce consentement suffit pour donner toute sécurité à l'acquéreur, dans le cas où il n'existe sur l'immeuble aucun créancier hypothécaire autre que la femme. — Mais, dans le cas où il y a des créanciers hypothécaires, nonobstant la subrogation dans le droit de préférence qui en résulte vis-à-vis des créanciers postérieurs à la femme, l'acquéreur a intérêt à purger. — Renvoi	224
346. Les deux cas à examiner	225
347. <i>Cas où il n'existe sur l'immeuble aucun créancier hypothécaire autre que la femme.</i>	225
348. a. Paiement	225
Le paragraphe 4 de la loi de 1889 exige le consentement des deux époux pour la validité du paiement.	

Nos	Pages.
349. Le mari intervient à titre de créancier recevant le paiement de ce qui lui est dû.	226
350. L'intervention de la femme doit au contraire être interprétée comme une renonciation au droit de préférence, de telle sorte que le paiement se trouve en réalité fait au mari seul	226
351. Hypothèse où ce consentement commun des deux époux ne se réaliserait pas	227
352-353. Droits du mari et sort du paiement à lui fait	228
354-355. Droits de la femme et sort du paiement à elle fait.	230
356. L'acquéreur qui veut se libérer a toujours le droit de consigner	231
357. b. Modes de libération autres que le paiement	231
357. Le principe est toujours le même: le consentement des deux époux est nécessaire	231
358. 1 ^o Remise de dette et contrats s'en rapprochant	231
359. 2 ^o Novation	232
360. Si la novation est faite avec le consentement des deux époux, la femme est-elle présumée conserver son droit de préférence sur la nouvelle créance ?	233
361. Novation consentie par un des deux époux seulement.	234
362. 3 ^o Compensation.	236
363. 4 ^o Confusion.	236
364-365. Que faut-il penser de la disposition de la loi de 1889, exigeant le consentement des deux époux pour le paiement du prix ?	237
366-373. Controverse.— Inconvénients résultant de cette disposition, dans le cas où ce consentement commun ne se réalise pas. — Il aurait été préférable de permettre au mari de toucher le prix sans le consentement de la femme.	238
374. <i>Cas où il existe sur l'immeuble des créanciers hypothécaires autres que la femme</i>	242
375-377. L'acquéreur a alors intérêt à purger, et, dans cette procédure de purge, la femme fera valoir ses droits sur le prix.	242
378-379. En l'absence de toute surenchère, la femme peut faire valoir son droit de préférence sur la totalité du prix de l'aliénation. — Difficulté résultant du caractère indéterminé de ses reprises. — Renvoi.	243
380. Si une surenchère est portée, la femme peut-elle faire valoir son droit de préférence sur la totalité du prix de l'adjudication sur surenchère, ou doit-elle le restreindre au prix de l'aliénation volontaire ? — Distinction	244

Nos	Pages.
281-382. Dans la procédure de purge, l'acquéreur n'a pas à remplir, vis-à-vis de la femme, les formalités de l'article 2194 C. civ.	246
383-391. Mais, dans la procédure d'ordre, la femme doit recevoir la convocation d'assister à la tentative d'ordre amiable et la sommation de produire dans les 40 jours. — De même l'ordre amiable ne peut se régler sans son consentement.	246
391-394. Appréciation et approbation de ces diverses solutions .	249
395-397. Situation de la femme en cas de saisie de l'immeuble .	252

III. — RENONCIATION AU DROIT DE PRÉFÉRENCE

398. Nécessité de cette renonciation pour permettre au mari de toucher le prix	254
399. Mauvaise rédaction et obscurité de la loi de 1889, relativement à cette renonciation	254
400. Le législateur de 1889 s'est toujours placé uniquement au point de vue d'une renonciation résultant du consentement de la femme au paiement. — Il a édicté à ce sujet les deux règles suivantes :	
1° S'il n'existe sur l'immeuble aucun créancier hypothécaire, ou s'il n'existe que des créanciers hypothécaires antérieurs à la femme, ce consentement éteint le droit de préférence ;	
2° S'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs à la femme, il entraîne, vis-à-vis de ces créanciers, subrogation dans le droit de préférence au profit de l'acquéreur	254
401. Justification de ces règles.	255
402. Il faut généraliser ces solutions et les appliquer à toutes les renonciations au droit de préférence consenties à l'acquéreur.	256
404. Renonciation extinctive et renonciation translatrice au droit de préférence.	257
405. La renonciation translatrice est un contrat nécessitant l'acceptation du subrogé ; au contraire, la renonciation extinctive est un acte unilatéral parfait par le seul consentement de la femme.	258
406. La renonciation translatrice consentie à l'acquéreur, et nulle pour défaut d'acceptation de celui-ci, pourrait-elle valoir comme renonciation extinctive?	258
407. Les deux points à examiner :	259
408. 1° <i>Formes de la renonciation.</i>	260

Nos	Pages.
409. La renonciation peut résulter de tout acte manifestant l'intention de la femme. — Elle peut être expresse ou tacite.	260
410. Elle peut résulter, soit du même acte que la renonciation à l'hypothèque elle-même, soit d'un acte postérieur.	260
411. Elle n'est soumise par la loi de 1889 à aucune condition de forme. — Toutefois, cette loi assujétit à une certaine publicité la renonciation translatrice consentie à l'acquéreur.	261
412-417. L'acte qui la constate doit-il être authentique? Controverse et adoption de la négative, sauf dans le cas où la renonciation résulte du même acte que la renonciation à l'hypothèque elle-même.	261
418. Est-elle soumise à quelques conditions de publicité?	264
419. Renonciation translatrice; renvoi.	264
420. Renonciation extinctive: absence de toute publicité. — Danger en résultant pour les tiers. — Il aurait été facile d'organiser la publicité de cette renonciation	264
423. Renonciation accompagnant une aliénation autre que la vente. — Renonciation au droit de préférence comme au droit de suite.	265
424. 2 ^o <i>Effets de la renonciation</i>	266
425. A. — Renonciation extinctive.	266
426. Extinction complète de l'hypothèque légale.	266
427. Mais les reprises de la femme demeurent intactes, et restent toujours garanties par l'hypothèque légale grevant les autres immeubles du mari.	266
428. B. — Renonciation translatrice	266
429-430. 1 ^o Renonciation au profit d'un tiers autre que l'acquéreur.	267
431. En principe, le subrogé a les mêmes droits que la femme.	267
431-434. Mais, dans une procédure d'ordre, il ne reçoit ni la convocation à la tentative d'ordre amiable, ni la sommation de produire dans les quarante jours. Toutefois, cette convocation et cette sommation doivent toujours être adressées à la femme, qui a le devoir de les porter à sa connaissance.	267
435-438. En ce qui concerne la femme, cette renonciation a pour effet, tantôt de diminuer le montant de ses reprises, tantôt de reculer simplement la date de son hypothèque sur les autres immeubles du mari, et de la reporter, jusqu'à concurrence de la somme touchée par le subrogé, au jour même de la renonciation	270

Nos	Pages.
439. Publicité de cette renonciation.	271
440-441. Les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme n'ont aucun intérêt à la connaître. Aussi, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, le créancier subrogé peut produire sans avoir à remplir aucune formalité de publicité.	271
442. Tiers ayant intérêt à la connaître : 1° acquéreur lui-même ; 2° créancier subrogé dans le droit de préférence ; 3° créancier subrogé dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari.	272
443-445. Vis-à-vis de ces divers intéressés, la publicité ne consiste-t-elle pas dans l'inscription ? — Controverse et adoption de la négative.	273
446. La publicité consiste dans les formalités de l'art. 1690 C. civ.	274
447. 2° Renonciation translatrice au profit de l'acquéreur lui-même	275
448-452. Texte du paragraphe 5 de la loi de 1889, et hypothèse prévue par lui	275
453-455. L'acquéreur a intérêt à user du droit de préférence à lui cédé, en cas de saisie de l'immeuble ; il peut ainsi, dans l'ordre ouvert sur le prix, produire au lieu et place de la femme pour recouvrer, par préférence aux créanciers hypothécaires postérieurs à elle, le prix ou la partie du prix par lui payé.	279
456. Dans cette procédure d'ordre, l'acquéreur est dans la même situation que tout autre subrogé	281
457-459. Utilité de cette subrogation. — Son insuffisance pour garantir les droits de l'acquéreur qui aurait payé son prix sans purger	281
460. En ce qui concerne la femme, cette renonciation ne diminue pas le montant de ses reprises, mais recule la date de son hypothèque sur les autres immeubles du mari, et la reporte, jusqu'à concurrence de la somme touchée par l'acquéreur, au jour même de cette renonciation.	283
461. Cette subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence n'est-elle pas une application de l'art. 1251-2° du Code civil ? — Controverse et adoption de la négative.	283
462-463. Publicité de cette renonciation	284
464. Les créanciers hypothécaires postérieurs à la femme n'ont aucun intérêt à la connaître. — Aussi, l'acquéreur peut leur opposer son droit sans avoir aucune publicité à remplir.	285

Nos	Pages.
465. Tiers ayant intérêt à la connaître: 1 ^o tiers subrogé dans le droit de préférence; 2 ^o tiers subrogé dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari. . .	285
466-467. Impossibilité de faire résulter la publicité de l'accomplissement des formalités de l'article 1690 C. civ. . .	286
468-469. Exposé sommaire de la publicité établie par la loi de 1889.	286
470-476. A l'égard des tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari, la publicité résulte de l'inscription. — Explication de la dernière disposition de la loi de 1889.	287
477-478. Certains auteurs considèrent que ces tiers n'ont aucun intérêt à connaître la subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence. — Interprétations proposées par eux de la disposition finale de la loi.	294
479-481. PREMIÈRE INTERPRÉTATION. — L'acquéreur n'a jamais à prendre inscription. — Réfutation de cette opinion. . .	294
482-483. DEUXIÈME INTERPRÉTATION. — L'inscription n'est exigée qu'à l'égard des tiers subrogés dans l'intégralité de l'hypothèque légale, y compris le droit de préférence sur le prix de l'immeuble aliéné. — Réfutation de cette opinion.	296
484-485. TROISIÈME INTERPRÉTATION. — L'inscription n'est exigée que dans le cas où l'acquéreur a obtenu, à côté de la subrogation dans le droit de préférence, une subrogation dans l'hypothèque légale sur d'autres immeubles du mari. — Réfutation de cette opinion.	297
486. C'est le point de départ même de ces discussions qui est inexact, les tiers subrogés dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari ayant un intérêt de premier ordre à connaître la subrogation de l'acquéreur dans le droit de préférence	300
487. L'inscription doit être prise sur les autres immeubles du mari, et non sur l'immeuble objet de l'aliénation .	300
488-491. Appréciation et approbation de la publicité établie par la loi à l'égard de ces tiers	301
492-493. A l'égard des tiers subrogés dans le droit de préférence lui-même, la subrogation consentie à l'acquéreur n'est assujétie à aucune publicité	304
494-495. Il y a là vraisemblablement un oubli du législateur . Critique de cette absence de publicité.	305
496. Hypothèse où la subrogation consentie à l'acquéreur est opposée à un créancier subrogé à la fois dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari,	

Nos	Pages.
et dans le droit de préférence sur le prix de l'immeuble aliéné	307
497-498. Défaut complet d'unité dans le système de publicité établi par la loi de 1889 pour la renonciation au droit de préférence. — Raison de cette diversité	387
499. Il aurait été facile d'organiser un système de publicité efficace et homogène, en exigeant l'inscription du droit de préférence.	308

IV. — EXERCICE DU DROIT DE PRÉFÉRENCE PAR LA FEMME APRÈS LA LIQUIDATION DES REPRISES.

500-503. Notions générales sur les droits de la femme, et division du sujet	309
504. 1 ^o <i>Droits de la femme à l'encontre de l'acquéreur</i> . . .	310
505-507. Si la femme n'a pas de reprises, elle ne peut rien réclamer à l'acquéreur. — Si elle a des reprises, elle peut, dans la mesure de ces reprises, lui réclamer le paiement du prix d'aliénation.	311
508. Dans ce dernier cas, elle peut exercer ce droit, même si les biens du mari sont suffisants pour garantir ses reprises, et alors même que le mari aurait déjà reçu paiement sans son consentement à elle	311
509-510. Si l'acquéreur ne veut ou ne peut payer, elle peut exercer contre lui les droits qui appartiennent au mari, du chef de celui-ci.	312
511. Elle peut en outre, agissant de son chef propre, pratiquer une saisie sur tous les biens, meubles et immeubles de l'acquéreur. — Droit de gage général lui appartenant sur l'ensemble du patrimoine de l'acquéreur	312
512. Droits appartenant à la femme sur le prix provenant de cette saisie.	314
513. Cas où l'immeuble aliéné par le mari a été l'objet d'une nouvelle aliénation de la part de l'acquéreur	314
514-515. Saisie de l'immeuble entre les mains de l'acquéreur ou du sous-acquéreur. — Purge entreprise par eux. . . .	315
516. <i>Modes de libération de l'acquéreur, et paiement par lui des reprises de la femme</i>	316
517. S'il existe des créanciers hypothécaires sur l'immeuble, l'acquéreur a intérêt à purger.	316
518. Comment doit-il effectuer son paiement pour se libérer vis-à-vis des époux?	316

Nos	Pages.
519-520. Si l'acte de liquidation détermine la part qui doit revenir à chacun des deux époux dans la créance du prix de l'aliénation, l'acquéreur paye chacun d'eux séparément. — La clause attribuant à la femme tout ou partie de cette créance n'est pas assujétie aux formalités de publicité de l'art. 1690 C. civ.	317
521-523. Si l'acte de liquidation se borne à constater que les reprises de la femme s'élèvent à telle ou telle somme, l'acquéreur ne doit payer qu'avec le consentement des deux époux. — Sort du paiement fait à l'un seulement des époux, et droits appartenant à chacun d'eux.	317
524. Effets du paiement fait à la femme par l'acquéreur	319
525. Le paiement diminue, à due concurrence, les reprises de la femme	320
526. C'est la dette du mari qui est ainsi payée par l'acquéreur. — Conséquences	320
527. Ce paiement entraîne, au profit de l'acquéreur, subrogation, non seulement dans le droit de préférence sur le prix de l'immeuble, mais encore dans l'hypothèque légale sur les autres immeubles du mari	320
528. Formes de ce paiement	321
529-530. Envisagé en lui-même, ce paiement n'est assujéti à aucune formalité. — Absence de toute publicité.	321
531-532. Formalités auxquelles est soumise la subrogation qui en est la conséquence.	322
533. Toutes ces solutions se rattachent au principe que le droit de préférence constitue un droit de créance appartenant personnellement à la femme contre l'acquéreur	324

CONCLUSION

534-537. La loi de 1889 est-elle une loi interprétative ayant effet rétroactif? Adoption de la négative.	327
538. Que faut-il penser de la loi de 1889, envisagée dans son ensemble?	331
539. Cette loi a réalisé un progrès notable.	331
540. Mais elle mérite deux reproches.	331
541. 1 ^o Sa forme est fort défectueuse. — Raisons de ce défaut.	331
542. 2 ^o Au lieu de réglementer d'une manière spéciale la renonciation à l'hypothèque légale consentie à l'acquéreur, le législateur aurait dû établir une réglementation générale des renonciations à toutes hypothèques	

Nos		Pages
	légales, conventionnelles ou judiciaires. — Manque d'unité résultant de cette spécialité; exemple tiré de la publicité	332
543. A	un point de vue plus général encore, c'est même tout notre système hypothécaire qu'il conviendrait de réorganiser à nouveau	333



